

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDO LUÍS LOPES DANTAS

O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA:  
UMA RELEITURA EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

SÃO CRISTÓVÃO/SE  
2015

FERNANDO LUÍS LOPES DANTAS

O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA:  
UMA RELEITURA EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dissertação apresentada como requisito parcial para  
obtenção do título de Mestre em Constitucionalização  
do Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Orientador: Professor Doutor Henrique Ribeiro  
Cardoso.

SÃO CRISTÓVÃO/SE  
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA:  
UMA RELEITURA EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Banca examinadora: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso (Orientador)  
Presidente (UFS)

\_\_\_\_\_  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Flávia Moreira Guimarães Pessoa  
Membro interno (UFS)

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior  
Membro Externo (UFBA)

SÃO CRISTÓVÃO/SE  
FEVEREIRO/2015

*Dedico esta dissertação a todos os que a lerão. Não faria sentido fazer diferente. Só se deve dedicar um escrito para quem irá lê-lo. Então, se fizer a leitura deste trabalho, é a você que eu o estou oferecendo.*

*Como algumas pessoas eu tenho certeza que irão lê-lo, dedico-o em especial ao meu pai Otacílio, à minha Juliana e ao meu filho Vinícius. A estes, com o texto, dedico também o meu amor.*

## AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, quero fazer uma advertência aos que pretendem ler estes agradecimentos: eles têm nove páginas ao todo. Até pensei em fazer um “sumário dos agradecimentos”, de modo a facilitar a vida das pessoas a quem eu manifestei gratidão, pois não perderiam tempo procurando em que trecho me refiro a elas. Mas aí pensei que ninguém é obrigado a ler coisa alguma. Então, como é uma faculdade, aquele que quiser saber se e o que exatamente falei sobre ele, terá que ler tudo, ou ao menos uma boa parte, já que pode deixar de lado o restante texto depois de ver o que falei a seu respeito.

Feito o necessário alerta, passemos aos agradecimentos.

“Agradeço a todos os que, de algum modo, contribuíram para a conclusão deste trabalho”... Essa é certamente a frase inicial mais clichê, quiçá piegas, que se vê nos agradecimentos de TCCs, dissertações e teses... Mas é assim porque tem de ser, já que representa o reconhecimento de que o conteúdo a seguir apresentado não foi produto do esforço de uma só pessoa, mas fruto de um acúmulo de contribuições. Ninguém chega até aqui sozinho, e, não se iludam, muito do que se escreve não é propriamente um trabalho autoral.

Então, repito, mas agora sem aspas, que agradeço a todos os que, de algum modo, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

Começo por agradecer àqueles não relacionados aqui, mas que foram vários e de muita importância. Não se chateie se não viu seu nome estampado neste espaço, pois tenha a convicção de que lhe sou grato.

Também registro meu agradecimento aos autores das obras que consultei. Sem elas não haveria trabalho algum, ou quase nenhum. Algo estritamente pessoal é muito raro de se extrair daqui, como, aliás, de quase tudo que se escreve. E nisso concordo com Einstein (se discordasse seria muita ousadia minha), quando diz que “o segredo da criatividade é saber como esconder as fontes.” Portanto, reconheço que as “minhas” formulações, na verdade, foram resultado das diversas ideias alheias, incorporadas e modificadas por cruzamento entre si. Mas eu bem que tentei ser criativo e não fazer tudo dessa forma. Se consegui? Leiam e julguem-me!!

E passando agora aos nomes, agradeço inicialmente aos meus ex-colegas de trabalho, com os quais trabalhei e aprendi, por mais de cinco anos na Superintendência do Patrimônio da União no Rio Grande do Norte (essa é a atual designação do órgão. No início era Delegacia e, depois, passou a ser chamada de Gerência Regional), acerca do tema objeto deste

trabalho. Agradeço a Stanley, Glória, Karla, Yeda, Chicão, Adriano, Tarcísio, Marivaldo, Genivalde, Nilberto, Aldo, Joaquim, Otávio, Oswaldo, Terezinha, Ana Carla, Andreia, e, em especial, a Carlos José. A você, Carlos José, agradeço, antes de tudo, pela amizade, pelo cuidado e pela compreensão em administrar as peculiaridades de minha condição de servidor e estudante. Também agradeço pelo exemplo de servidor público que foi, ao nunca se conformar em fazer apenas o básico e deixar o tempo passar. Sempre admirei sua capacidade de se reinventar como pessoa e como profissional, mas que em todo o tempo conservou um rígido padrão de correção ética e honestidade. Das pessoas vivas que me inspiram grandemente, que talvez possam ser contadas nos dedos das mãos (e nestes já incluo meu filho e meu pai, portanto restam poucos lugares), você está dentre elas. Obrigado, meu eterno chefe e amigo.

Agradeço, também, aos meus atuais colegas de trabalho. Todos, sem exceção, foram importantes para mim, na medida em que “seguraram a barra” enquanto tive que dividir o tempo entre meu ofício e mestrado. Quero agradecer a Karlos Marx (colega Juiz), Antônio Carlos (Promotor de Justiça), Márcia Santana (Promotora de Justiça) e Alex Maia (Promotor de Justiça), pela ajuda que me deram nesse período. O “bonde” não parou por causa de vocês.

Quero também agradecer a Ana Paula, a Arnon, a Ivo, a Larissa e a Estefânea. Sem cerimônia (sabem que não sou disso), não teria sequer entrado no mestrado se não contasse com a ajuda de vocês. Além disso, quero agradecer por todo o auxílio que me deram e por toda a paciência que tiveram nesses dois anos. Mas mais que isso, quero, acima de tudo, pedir desculpas se em algum momento de estresse me portei de uma forma que não deveria. Se comecei o dia sem dar “bom dia”, se não disse sempre “muito obrigado”, enfim, por qualquer coisa que fiz de errado eu peço que me perdoem.

A Varjão, em especial, quero dizer que tudo o que falei no parágrafo acima se aplica a você. Mas quero lhe dizer mais. Você é, junto comigo, mestre em Direito, não só por presenciar atentamente todas as audiências que conduzo, mas porque me ajudou mais que qualquer pessoa em todas as minhas atividades durante esses dois anos. Não me esquecerei jamais disso. Quero que saiba que farei o que estiver ao meu alcance para retribuir o que fez e faz por mim. E mais, espero que comece a realizar aquele projeto (você sabe qual é!!!). Muito obrigado por tudo, meu amigo.

Sei que já passei de uma folha, mas tenho muitos a quem agradecer. Quem não quiser ler até o final, que pare aqui, mas não saberá se seu nome foi mencionado. É o risco...

Chegando ao Campus, quero agradecer a Catiuscha, funcionária da Coordenação do PRODIRE. Muito obrigado pela solicitude em atender a todos, alunos e professores. Você é a

prova de que ajudar aos outros faz mais bem a si do que aos ajudados, pois vive sempre sorrindo e com a feição de serenidade.

Agradeço também a todos os meus colegas de mestrado, com os quais muito aprendi durante nossa convivência. Registro especialmente minha gratidão a Paulo Roberto, duplamente colega e, mais que isso, amigo e irmão. Começamos e terminaremos no mesmo dia. Para mim a convivência com você é sempre um privilégio. Obrigado, meu amigo-irmão.

Aos meus professores, a todos, tenho que agradecer.

À professora Constança, pelo exemplo de dedicação à vida acadêmica e de inteligência.

Ao professor Ubirajara, com quem aprendi que a preocupação com o aluno começa em conhecê-lo melhor (por isso leu os currículos *lattes* de todos antes do curso), bem como que é uma prova de atenção e respeito preparar o material e disponibilizar todo o conteúdo de forma organizada para os alunos.

Ao professor Lucas, por pregar a importância da produção científica, que é o objetivo da pesquisa acadêmica. Também agradeço pela cordialidade e presteza com que sempre me tratou enquanto Coordenador do PRODIR.

À professora Jussara agradeço, antes de tudo, por me fazer entender que “escrever é um hábito” (frase que foi dita na primeira reunião logo que iniciado o mestrado, lembra-se dela?! Eu me lembro e a guardarei comigo sempre). Também a agradeço por reafirmar a convicção de que o aprendizado deve ser levado a sério. Saiba que participar (e não apenas assistir) de suas aulas foi de grande importância para mim, mesmo com o estresse (que “faz parte”) que as antecedia em razão de termos de fazer aqueles resumos (que também foram importantes, pois “escrever é um hábito”).

Quero agradecer também à professora Gicélia, por ter me acolhido tão bem no PRODEMA a ponto de me aceitar como orientando do Doutorado. Quero registrar que escolhê-la não foi um ato aleatório. Depois de ser seu aluno e ver como preza pela investigação, pela interdisciplinaridade, desejei, deliberadamente, ser seu orientando. Será para mim, afirmo de antemão, uma grande experiência a convivência pelos próximos anos.

Devo agradecer também ao Professor Dirley, pelas preciosas lições que extrai de suas obras. Embora ainda não o conheça pessoalmente, já o fiz a partir de seus livros. Também quero dizer muito obrigado pela disponibilidade de compor a banca de defesa de minha dissertação. Espero que o conteúdo de minha pesquisa, que tem a ver em alguns aspectos com sua atuação profissional na magistratura e na academia, possa, ainda que em

singela medida, retribuir sua generosidade em participar desse momento de grande importância para minha vida acadêmica.

Algumas pessoas aparecem em nossa vida não por acaso. São lhe apresentadas por Deus(a)(es) (depois falo dEle) para algum propósito... ou para vários. A professora Flávia é exemplo dessas “coincidências”. Diz ela ser uma “headhunter”. Não discordo. Mas não é só isso. Eu digo que ela consegue ajudar as pessoas a serem melhores, ou ao menos a se descobrirem melhores do que pensavam ser, mas não sabiam que eram. Há uma enorme diferença, que não requer explicação para ser compreendida, entre aquele que encontra algum minério de valor e outro que o lapida. A professora Flávia não é uma simplesmente mineradora.

Além disso, a professora Flávia tem na generosidade um traço marcante. Ela é típico exemplo de alguém que compreende que, para ser uma pessoa melhor, melhor é ser melhor “com”, e não melhor “sem” ou “sobre”. E quem achar confuso que ache, mas a professora Flávia entendeu, pois além de tudo é inteligente como poucas pessoas.

Não posso (e não quero!) deixar de agradecer ao meu orientador, o professor Henrique, a quem se aplica muito do que eu disse em relação à professora Flávia.

Sei que ele tem uma crença não muito convencional a respeito de Deus(a)(es) (já disse que depois falo dEle e explico o porquê desse monte de coisas entre parênteses), mas embora ele, o professor Henrique, possa duvidar, nossa (re)apresentação foi obra divina. Eis aí mais uma dessas “coincidências”.

Creio que o professor Henrique não vai lembrar (quicá nem concordar com o que direi), mas não foi por acaso que, lá no Ferreiro do Shopping Riomar (Aracaju), ele me foi reapresentado por Henrique Britto (digo reapresentado pois, pode o Professor Henrique também não lembrar, já me tinha sido apresentado por Aldo em um daqueles cafés do mesmo Shopping Riomar). Na oportunidade da reapresentação, eu disse ao professor Henrique que tinha interesse em cursar o mestrado, no que de logo ele se dispôs a me orientar, caso eu fosse aprovado na seleção.

... Eu sei que estou me estendendo demais nos agradecimentos, mas eu posso. Afinal de contas, só farei um mestrado na vida. Além do mais, passei dois anos me dedicando a ele, e não é possível que agora eu tenha que economizar três ou quatro páginas. Vou fazer meus agradecimentos do jeito que eu quiser. Quem não gostar, eu já disse, que pare de ler...

Voltando aos agradecimentos ao professor Henrique, devo registrar que com ele aumentei o gosto pelo Direito Público, em especial o Administrativo. A partir de seus ensinamentos, compreendi o quanto de ciência há efetivamente nesse ramo do Direito. A



percepção da estreita ligação do Direito Administrativo com o Direito Constitucional, com a Filosofia e com a Economia, é algo que tributo às lições do Professor Henrique.

Agora posso afirmar que conhecia um Promotor de Justiça, que era excelente no que fazia, mas hoje conheço também um professor, que é tão bom nesse ofício quanto em sua outra profissão. Obrigado, professor Henrique.

Quero também falar de meus familiares. E, como já cometi a “gafe” de me alongar, vou aqui nominar um por um. Obrigado às minhas irmãs Lena, Roberta e Ana Paula, ao meu irmão Rafael, aos meus sobrinhos Guilherme, Murilo, Rebeca, Raniere, Davi e Luna, aos meus cunhados Mariano, Régis e Breno. Muito obrigado, ainda, aos meus sogros Garibalde e Livinha. Todos vocês “participaram de algum modo” para que eu conseguisse terminar meu mestrado. Muito obrigado de verdade.

Há parentes, contudo, de quem irei falar individualmente.

A meu pai, seu Otacílio (ou seu “Mansinho”, para os amigos mais chegados), devo quase tudo que sou e quase tudo que tenho (nada demais, mas também nada menos do que preciso para viver). Lembro como se fosse hoje das vezes que, mesmo depois de passar o dia na praça (é assim que se chama o local onde os taxistas ficam esperando os passageiros, ainda que não seja efetivamente uma “praça”), ele ainda se dispunha tentar a nos ensinar as tarefas do colégio. E quando não conseguia, principalmente na medida em que os assuntos começaram a ficar mais complicados, ao menos perguntava e exigia de nós a dedicação que deveríamos dar aos estudos (embora muitas vezes eu e minhas irmãs e irmão não déssemos).

Criar cinco filhos sozinho não é tarefa para qualquer um. Mas meu pai não é “qualquer um”. Meu pai é ... “o cara”, para dizer o mínimo (e, sendo politicamente correto, não usar a expressão que tenho em mente e começa com a letra “F”).

Ensinou-me valores que livros ou escola alguma podem ensinar. Ele me ensinou a pagar por tudo o que eu vá comer (viu aí, Juliana, os porquês de eu ser “tão orgulhoso” para certas coisas? Genética e um grande exemplo). Ensinou-me que viver para si é bom, afinal de contas a gente deve ser feliz, mas que igualmente bom (na verdade bem melhor) é viver também para os seus, tendo a consciência de que “não se pode ser feliz sozinho”. Nunca vi meu pai fazer qualquer coisa melhor para ele do que para os filhos. Em coisas simples como escolher um pedaço da carne ou dividir a coca-cola ‘família’ do almoço, jamais vi meu pai exercer o direito que ele naturalmente teria (afinal era maior que nós em tamanho e tinha pago por tudo o que entrava em nossa casa), de pegar o maior pedaço ou beber mais refrigerante.

Não estou aqui “chorando miséria” ou me fazendo de coitado, pois isso não convém e nem há razão para tanto, já que nada nunca nos faltou. Apenas quero dizer que meu pai, com

esses exemplos, sempre colocou os filhos em primeiro lugar. Sua vida, que me perdoem os professores que mencionei aqui e os que não citei também, ensinou-me e ainda me ensina muito mais do que todos os mestres que tive, tenho e terei.

Por isso, ao meu pai eu quero dizer muito obrigado, mas muito obrigado mesmo. Amo muito você, seu Otacílio.

Há uma pessoa que esteve do meu lado todos os dias durante o mestrado. Aliás, antes mesmo de ele começar ela já “sofria” com o meu “relacionamento sério” com a UFS. Desde quando decidi fazer a seleção e comecei a me preparar, Juliana esteve comigo. Nenhuma pessoa renunciou mais durante esses dois anos do que ela. Eu não renunciei às minhas atividades profissionais, pois continuei a trabalhar normalmente. Eu tive mais ocupações, e ela menos tempo comigo. E nessa aritmética injusta sobrou para Juliana ou, melhor dizendo, quase não sobrou, pois restava menos tempo para nós. Se ela antes me dividia com um trabalho, que me levava e leva para outra cidade durante os dias úteis, a partir do mestrado tinha que me dividir também nos finais de semana, estes tomados com as leituras e as atividades que eu tinha de realizar.

Se me ouvir falar de Direito já não era tarefa das mais aprazíveis (ela é Arquiteta), o mestrado só piorou a situação. E ela sabe que eu gosto de conversar (e muito) sobre o que leio e estudo, de maneira que a tenho como uma heroína, ou mesmo uma deusa da paciência.

Mas ela faz isso tudo por amor, um amor que é verdadeiro, pois não quer que eu pare de falar do que gosto para simplesmente agradá-la. Se quer, faz isso intimamente, pois nunca exigiu. Se diferente fizesse, aí não seria amor, seria qualquer coisa (posse, egoísmo talvez), menos amor.

O amor, que é o que ela sente por mim, deve ser assim: acolhedor (o que é diferente de acomodado ou conformado). Quem ama, recebe a pessoa amada como ela é. É uma compra de “porteira fechada”. Aí, se for correspondido (e no nosso caso é), o amor do outro produz nele (no outro) a mudança que é necessária para ajustar tudo. Perceberam a diferença? Não se exige a mudança por amar alguém. Isso é um disfarce para outro sentimento menos nobre. A mudança se produz quando, para agradar a quem se ama, aquele que ama muda por vontade própria. Melhora, por assim dizer. Evolui por amar, e não para se atender a uma exigência.

E Juliana me ama de verdade. Em momento algum, disse: “não faça ou saia desse mestrado”. Ela sabia o quanto era importante para mim esse curso, e simplesmente me acolheu com ele.

É certo que às vezes reclamava. Na verdade, muitas vezes reclamou, no que sempre teve razão. O mestrado me exigia muito, pois eu quis aproveitá-lo o tanto quanto eu pudesse. Não queria fazê-lo, e não o fiz, “de qualquer jeito”, pois o fiz pela única e última vez na vida.

E por falar em fazer algo pela última vez, quero aqui dizer que 2015 é o nosso ano, pois passar a ter você como mulher foi a melhor coisa que me aconteceu desde quando a conheci.

Por ter sido minha companheira durante todo o mestrado, e também durante esses anos que estamos juntos, quero agradecer a você e dizer que te amo muito, “de verdade e para sempre.”

Meu filho Vinícius, eu te amo muito. Talvez não saiba o quanto, pois é muito, mas muito mesmo.

Termino agora de cumprir minha promessa a você. Uma promessa que fiz sem que me fosse exigido, ou que você talvez nem tenha entendido as razões de eu tê-la feito. Fiz essa promessa por amor a você. E não há nada nessa vida que me estimule mais do que querer cumprir algo que eu tenha te prometido. Não que para mim seja uma obrigação. Longe disso. O que me move (e como!) é o amor por você.

Você é o “meu orgulho”. Essa frase agora é minha para você (“quem herda, não rouba!”).

Quero dizer que fico feliz que você agora seja meu colega de curso (e que todos saibam que, quando ele decidiu fazer Direito, nem morava comigo), mas principalmente por ver você tomar gosto pela coisa. E ainda bem que é um gosto seu, não meu, já que nunca pedi ou fiz questão que você fizesse este ou qualquer outro curso.

Meu desejo é, e será apenas este, que você continue a ser feliz, e para isso deve sempre fazer o que lhe agrada, e não o que satisfaça seu pai ou qualquer outra pessoa.

Por ser minha maior fonte de inspiração, desde que nasceu e enquanto eu viver, quero dizer a você obrigado, filho. Eu te amo muito.

Não tenho mais mãe. Ela não é viva. E confesso que não tenho certeza alguma de como funcionam as coisas depois que a gente morre, desencarna, parte dessa para melhor, ou seja lá como queiram chamar. Só sei que sinto sua falta. Já senti mais, admito (estou muito sincero hoje. Quase aos 40, a gente não tem muito saco para mentiras convenientes ou politicamente corretas). Sinto menos falta hoje, pois algumas pessoas preencheram, em parte, o vazio que você foi forçada a deixar. Meu pai fez muito bem um duplo papel. Outras pessoas a vida (Deus(a)(es)??) foi aproximando de mim e de minhas irmãs, de modo que fomos

cuidados por muitos outros. Mas penso que seria muito bom ter outra pessoa na face da terra que eu amasse tanto quanto eu amo meu pai. Seria massa.

Mas como eu disse, não sei como você está. Sei como eu quero que esteja: num bom lugar e em excelente companhia.

Também queria que, em alguns instantes pelo menos, você pudesse me ver e também às minhas irmãs. Mas só pode ser naquelas horas que a gente faz coisas boas, pois se fosse todo tempo não seria muito legal. Fico até constrangido em pensar que você possa ver tudo o que a gente faz. Vamos mudar logo de assunto...

O que eu quero dizer é que gostaria de retribuir o orgulho que sinto de você. Tenho orgulho não pelo que lembro (muito pouca coisa), mas pelo que ouço falarem de você, e isso é muito, mas muito mesmo. Todos dizem que você era uma pessoa boa e extremamente generosa.

De todo modo, embora sem ter certeza de que possa ou não saber o que escrevo agora, quero agradecer a você, minha mãe Glória, pela vida e pelos cinco anos de convivência. Também amo muito você, minha mãe.

Por fim, e é o fim mesmo, quero agradecer a Deus(a)(es).

Cresci acreditando que, para acreditar em você, teria que acreditar sem duvidar. Duvidar de você seria, antes pensava, um “pecado”... um “pecado mortal” até, daqueles que mandam o sujeito direto para o “inferno”, sem direito a remissão.

Mas pensava: como não poder duvidar, se Ele me deu o livre arbítrio? Como evoluir sem questionar? Como ter 100% de certeza sempre? Com ter 100% de confiança?

Sempre neguei, jamais disse isso publicamente, mas em tempo algum tive certeza absoluta de sua existência, ou ao menos que você fosse como nós homens convencionamos que você “deveria” ser (que pretensão a nossa!). E penso que todo mundo (todo mundo mesmo, sem exceção), alguma vez na vida, lá no íntimo, também já desconfiou de sua existência, já teve dúvidas a seu respeito. Tiro, aqui e agora, um “mundo das minhas costas”, pois pensava que poderia ir para o “inferno” se admitisse uma coisa dessas (embora eu pensasse).

Afirmo que, quase sempre (mas não sempre) acredito em você, pois penso que existe alguém, uma “lógica”, uma “força maior” que organiza tudo nesse mundo. Não faz sentido algum tudo ter sentido se não houver alguém (ou algo ou mais de um alguém) para dar sentido a tudo. O universo é perfeito demais para sua criação e funcionamento serem atribuídos a nada... Mas posso estar errado e você não existir. Será??

Meu discernimento é limitado para compreender você. Não sei se você é único, qual sua aparência e de onde veio (sim, pode ser um E.T. Por que não?). Tenho muitas dúvidas a seu respeito, pois você me permitiu ter todas elas (como você é generoso, embora homens, menos generosos, ao lerem o que escrevi estão pensando: “que blasfêmia!”). E por não ter ideia certa das suas características, é que a maior parte do tempo eu uso algum nome para lhe designar. Refiro-me a você como Deus, que às vezes é substantivo próprio, mas em outras ocasiões é um adjetivo (e por isso grafado com inicial minúscula).

E como “simplesmente” Deus soa, por vezes, muito impessoal, também gosto de lhe chamar de outros nomes, como Jesus Cristo, que é você e, ao mesmo tempo, seu Filho, portanto, meu irmão, mas também meu Senhor e Salvador (dá para entender tudo isso sem questionar? Nem me venha com essa!).

Mas de uma coisa eu tenho certeza. Sendo você Deus, ainda que seja mais de um, e sendo você bom, deve me amar como eu sou (lembra o que eu disse sobre o amor?! Sobre acolher como se é?!), compreendendo e perdando todas as minhas dúvidas e questionamentos. Meus amigos, meus familiares, meu pai, Juliana e Vinícius me amam assim, por que alguém (ou algo... ou mais de um alguém) que é bem melhor, que dizem ser o próprio amor, iria, então, condicionar o seu amor ao fato de eu pensar de uma forma específica? Como imaginar que você fique chateado comigo por eu pensar como penso? Se fosse para ser diferente, então para que me deu o tal do livre arbítrio?

Eu só quero seu amor se for desse jeito, pois de outro eu não quero. Fique com ele ou pode dar para outro.

Arrogância com o próprio Deus(a)(es)?!! Nada disso! Ao contrário, digo isso, pois tenho absoluta convicção de que seu amor é muito mais acolhedor que o nosso, é muito mais generoso que o nosso, é infinitamente mais compreensivo que o nosso. Enfim, seu amor é muito maior e melhor do que é o nosso amor, sobretudo porque sua preocupação não é de se impor sua vontade a nós, mas de demonstrar o seu amor por nós.

Então, feitas todas essas ponderações em relação ao que penso sobre você, saiba que hoje, neste momento, tenho 100% de certeza de sua existência e de seu amor por mim. Por tudo o que você me fez, pelas pessoas que colocou no meu caminho para me ajudar no mestrado e em tudo mais da minha vida (nem precisou fazer “milagre”, pois tudo teve sentido... o sentido que você deu), eu quero dizer a você, Deus(a)(es), que eu te amo muito e que sou grato por tudo.

Pode até parecer besteira para quem não crê (até para mim, nos momentos em que também não creio), mas neste momento sinto você me dizer: “nem pense que fico magoado com você. Eu também o amo muito”.

*Ele me mostrou outra forma de entender as coisas, sem prisão das formas do pensar. (...)*

*Nunca mais voltei a ter preconceitos e, desde então, passei a procurar as minhas próprias formulações conceituais, usando o que aprendia de outros, sem repudiar nem me submeter a predeterminações.*

*(...) o verdadeiro rigor estava em contestar as teorias existentes, desnudá-las.*

*(...) é possível ser uma coisa sendo, ao mesmo tempo que crítico a ela.*

Cristóvão Buarque (Prefácio da obra *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, de Ignacy Sachs)

## RESUMO

Os terrenos de marinha são de propriedade da União, conforme dispõe o art. 20, VII, da Constituição de 1988. A despeito dessa referência, o texto constitucional não tratou de apresentar os elementos característicos desses bens, nem dispôs especificamente sobre o seu processo de demarcação, estando essas questões disciplinadas pela legislação infraconstitucional, em especial pelo Decreto-lei n.º 9.760, expedido em 1946. Desde então, o Brasil já possuiu outras quatro, além da Constituição de 1988. Com esta, mais do que a reaproximação do Estado da experiência democrática, verificou-se o fenômeno que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito Administrativo. Um novo paradigma de comportamento foi estabelecido para a Administração Pública, que passou a ser regulada bem de perto pelas normas constitucionais, as quais elegeram o processo como forma primordial de atuação dos órgãos do Estado. O Poder Constituinte também cuidou de definir os elementos que considerou essenciais para o desenvolvimento de um processo justo, que além da simples observância a determinados regramentos procedimentais, fundamenta-se no firme compromisso de realizar os direitos fundamentais dos indivíduos. Diante do novo modelo de Estado desenhado pela Constituição de 1988, impôs-se a necessidade de se promover uma revisão dos diversos regramentos dos processos estatais, de modo a conformá-los às normas constitucionais vigentes. E a este ensejo, sobretudo pela distância temporal desde quando editado o Decreto-lei n.º 9.760/1946, bem como pelo contexto antidemocrático em meio ao qual foi expedido, o reexame da disciplina normativa da atividade demarcatória dos terrenos de marinha se apresentava como medida inadiável. A releitura promovida neste trabalho foi orientada pelo vetor axiológico anunciado desde o preâmbulo constitucional: a realização da justiça e dos direitos fundamentais dos indivíduos, no caso especial o direito de propriedade e os processuais. Embora o referido Decreto-lei careça de atualização, tal providência não se mostra imprescindível, pois sua harmonização com as normas constitucionais e com as disposições da Lei n.º 9.784/1999, é passível de ser realizada apenas a partir de recursos hermenêuticos, os quais devem prestigiar a supremacia e a força normativa da Constituição. Disso decorre, antes de tudo, a obrigação de que a atividade de demarcação seja promovida sem a dispensa ou o esvaziamento da fórmula processual. O seu resultado deve apontar a localização dos terrenos de marinha com estrita atenção aos elementos essenciais que integram o conceito legal desse instituto: o marco espacial, que é a linha correspondente à média das preamares, a referência temporal ao ano de 1831, e, por fim, a sistemática de cálculo daquela média. Não deve interessar à União, como um dos entes que personifica o Estado, afirmar como seu sequer um centímetro quadrado além daquilo que a Constituição lhe conferiu, pois isso representaria o descumprimento do dever de proteção ao qual ela se encontra vinculada, e que se sobrepõe a qualquer interesse secundário, notadamente o arrecadatório. O justo processo de demarcação, que observe todos os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico-constitucional, é, portanto, o único instrumento apto a promover a necessária e possível harmonização entre os interesses da União e dos indivíduos em geral.

### **PALAVRAS CHAVES:**

Terrenos de marinha. Demarcação. Processo administrativo. Direitos fundamentais. Direito de propriedade. Direitos Fundamentais processuais.



## ABSTRACT

Tide lands are owned by the Union, pursuant to art. 20, VII, of the Constitution of 1988. Despite this reference, the Constitution did not try to present the characteristic features of these assets, nor specifically ruled on its demarcation process, and these issues governed by constitutional legislation, in particular by Decree law No. 9760, issued in 1946. Since then, Brazil has owned four other beyond 1988. With this Constitution, rather than bring together the state of democratic experience, there was the so-called phenomenon of constitutionalization of Administrative Law. A new behavioral paradigm was established for Public Administration, which has been governed closely by constitutional rules, which elected the process as the primary form of performance of government agencies. The constituent power also took care to define the elements considered essential to the development of a fair trial, that beyond simple compliance to certain procedural specific regulations, is based on the firm commitment to carry out the fundamental rights of individuals. Given the new state model designed by the 1988 Constitution, imposed the need to promote a review of the various specific regulations on State processes in order to conform them to existing constitutional requirements. And this opportunity, especially the temporal distance from when edited Decree-Law No. 9,760 / 1946, as well as the anti-democratic context in the midst of which was issued, the review of the normative discipline of demarcation activity of tide lands appeared as urgent measure. Rereading promoted this work was guided by axiological vector announced from the constitutional preamble: the realization of justice and fundamental rights of individuals, in particular where the right to property and the procedural. Although that lacks Decree Law update, this measure does not seem essential, since their harmonization with the constitutional provisions and the provisions of Law No. 9,784 / 1999, which can be performed only from hermeneutical resources, which must honor the supremacy and the normative force of the Constitution. It follows, first of all, the requirement that the demarcation activity is promoted without remission or emptying of the procedural formula. Your result should pinpoint the location of tide lands with strict attention to the essential elements that make up the legal concept of this institute: the spatial framework, which is the line is the average of high tides, the temporal reference to the year 1831 and finally the systematic calculation of those averages. Should not interest the Union, as one of the entities that embodies the state, as its state even one square centimeter beyond what the Constitution gave it, as this would represent a breach of the duty of protection to which it is bound, and that overlaps any secondary interest, notably revenue collection. The due process of demarcation, which meets all requirements of legal and constitutional framework, is therefore the only instrument able to promote necessary and possible harmonization between the interests of the Union and individuals in general.

## KEYWORDS

Tide lands. Demarcation. Administrative process. Fundamental rights. Right to property. Procedural Fundamental Rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
A) Apresentação do tema .....	1
B) Justificativa.....	2
C) Estrutura da pesquisa .....	4
 <b>1.TERRENOS DE MARINHA: ORIGEM, TRAJETÓRIA HISTÓRICA, CONCEITO ATUAL, CLASSIFICAÇÃO E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS .....</b>	 <b>8</b>
1.1. Os terrenos de marinha: de 1500 ao final do Século XVIII .....	8
1.2. Os terrenos de marinha: da chegada da Família Real ao Rio de Janeiro à extinção do Império .....	13
1.3. Os terrenos de marinha: da proclamação da República ao final do Estado Novo .....	21
1.4. Os terrenos de marinha: de 1946 até os dias atuais .....	26
1.5. Lezírias ou marinhas: qual instituto deu origem aos terrenos de marinha? .....	31
1.6. O porquê dos 33 metros.....	37
1.7. Os terrenos de marinha quanto à sua destinação .....	40
1.8. A caracterização física dos terrenos de marinha .....	42
1.9. Acrescidos de marinha.....	45
1.10. Praias marítimas .....	46
1.11. Os terrenos marginais .....	47
1.12. Notas conclusivas .....	51
 <b>2. DOS CONDICIONANTES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE DEMARCATÓRIA DESENVOLVIDA PELA UNIÃO .....</b>	 <b>52</b>
2.1. O Estado Absolutista Moderno .....	53
2.2. A origem do Constitucionalismo Moderno: Inglaterra, Estados Unidos e França .....	55
2.3. A superação do Constitucionalismo do Estado Liberal Moderno .....	58
2.4. Do Constitucionalismo do Estado Social ao Neoliberalismo .....	60
2.5. O Constitucionalismo Contemporâneo (“Neoconstitucionalismo”): a Constituição como ordem jurídica fundamental do Estado e da comunidade.....	62

2.6. O modelo constitucional brasileiro, a Constitucionalização e as transformações do Direito Administrativo .....	71
2.7. Os “novos” condicionantes do Regime Jurídico Administrativo .....	73
2.8. Dos “interesses” (e direitos) públicos e privados envolvidos na atividade de demarcação dos terrenos de marinha .....	83
2.8.1. Os interesses e direitos dos proprietários de terrenos alodiais: a propriedade como direito fundamental, o dever de proteção estatal e a (uma) teoria dos limites aos direitos fundamentais.....	84
a) Reserva de lei restritiva de direitos fundamentais.....	92
b) Generalidade e abstração de lei restritiva de direitos fundamentais.....	92
c) Clareza da lei restritiva de direitos fundamentais.....	93
d) Vedação da retroatividade da lei restritiva de direitos fundamentais.....	93
e) Proibição de excesso da lei restritiva de direitos fundamentais .....	93
f) Intangibilidade do conteúdo essencial em face da lei restritiva de direitos fundamentais.....	94
2.8.2. Dos interesses e direitos dos ocupantes com e sem título: a fundamentalidade dos direitos processuais.....	96
2.9. A proposta hermenêutica de releitura do processo de demarcação dos terrenos de marinha .....	100
2.9.1. Da necessidade de releitura .....	100
2.9.2. O porquê da escolha dos instrumentos para a releitura .....	102
2.9.3. Os instrumentos da hermenêutica concretizadora .....	103
2.9.4. A interpretação das leis conforme a Constituição .....	107
2.9.5. A solução de eventuais antinomias entre a Lei n.º 9.784/1999 e o Decreto-lei n.º 9.760/1946: o reforço da normatividade da Constituição .....	116
2.10. Notas conclusivas .....	121
<b>3. A RELEITURA DO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA: SUA FEIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA E REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>122</b>
3.1. A trajetória do processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais: da “lei da terra” ( <i>legem terrae</i> ) ao processo justo.....	125

3.1.1. O princípio do devido processo legal em sua dupla acepção .....	125
a) Na Inglaterra.....	126
b) Nos Estados Unidos .....	127
c) No Brasil.....	129
3.1.2. Os direitos fundamentais e o (direito fundamental ao) processo justo .....	131
3.2. Processo administrativo: terminologia, funções e conceito.....	134
3.3. O processo de demarcação dos terrenos de marinha como instrumento indisponível de garantia dos indivíduos .....	140
3.3.1. A inexistência da figura (anti)jurídica da “Linha Presumida” .....	146
3.3.2. Da inaplicabilidade do instituto(?) da “área indubitavelmente da União” para identificação dos terrenos de marinha e seus acrescidos.....	153
3.4. Da fase introdutória: instauração e convocação dos interessados .....	159
3.5. Da determinação da posição da LPM .....	168
3.5.1. A interpretação dada pela União aos artigos 9.º e 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946.....	168
a) A determinação da LPM à vista de elementos relativos a 1831 .....	172
b) A determinação da LPM à vista de elementos relativos a ano que mais se aproxime de 1831 .....	172
c) A determinação da LPM/1831 a partir do batente das ondas.....	176
d) Da utilização das marés sizígias para o cálculo da média das preamares.....	179
3.5.2. Uma pausa para reflexão .....	183
3.5.3. A correta determinação da posição da LPM: i) a interpretação sistemática dos 2.º, 9.º e 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, em conformidade com a Constituição de 1988; ii) a observância estrita dos elementos nucleares do conceito legal de terreno de marinha .....	184
3.6. Da limitação ao contraditório e à ampla defesa.....	186
3.7. A fase decisória: a determinação da posição da LPM/1831 pelo chefe da unidade local da SPU.....	190
3.8. Da fase recursal: a impugnação e o recurso administrativo .....	195
3.9. A possibilidade de revisão da decisão que determina a posição da LPM/1831 .....	197

3.10. O que fazer? .....	204
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	209
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	222

## INTRODUÇÃO

### A) Apresentação do tema

A Constituição de 1988, inovando em relação às anteriores, apresentou em seu artigo 20 o elenco dos bens de titularidade da União, incluindo no rol ali constante, especificamente no seu inciso VII, os terrenos de marinha e seus acrescidos. Além da referência existente no dispositivo antes mencionado, também o art. 49, §3.º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), aludiu expressamente aos terrenos de marinha e seus acrescidos, mas o fez somente para o fim de determinar que, em relação àqueles bens, continuará sendo aplicada a enfiteuse ou aforamento, a despeito do disposto no *caput* do mencionado artigo, que remeteu à legislação ordinária a regulação do referido regime no que concerne aos imóveis urbanos<sup>1</sup>.

Da expressa referência constitucional à titularidade dos terrenos de marinha e seus acrescidos, decorre a conclusão de que se impõe à União a complexa tarefa de promover a identificação dos bens dessa natureza, a qual se desenvolve em um processo administrativo conduzido sob a responsabilidade da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), por meio de seu Órgão Central e de suas Superintendências Regionais.

A complexidade dessa tarefa advém de várias razões. A primeira delas, mais óbvia, refere-se à grandiosidade do labor que ela envolve, notadamente em decorrência da extensão do litoral brasileiro e, por conseguinte, da faixa de terra passível de ser identificada como sendo constituída de terrenos de marinha e de seus acrescidos.

A segunda razão diz respeito à utilização de uma referência temporal pretérita para a identificação dos terrenos de marinha, os quais, de acordo com o que dispõe o art. 2.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, devem ser “(...) medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831 (...)” – LPM/1831.

Registre-se, também, o fato de inexistir metodologia que, utilizando a referência temporal antes mencionada, consiga apontar com segurança absoluta a posição da LPM/1831.

Além disso, a atividade demarcatória termina por se constituir em empreendimento interdisciplinar, que demanda o concurso de diversas áreas do conhecimento, tais como engenharia, cartografia, mareografia, geodésica, informática, dentre outras, devendo todas

---

<sup>1</sup> Conforme dispõe o art. 2.038, do Código Civil (CC) em vigor (Lei 10.406/2002), ficou proibida a constituição de novas enfiteuses, ou de subenfiteuses das já existentes. A disciplina desse regime (também chamado de aforamento em relação aos bens públicos), no tocante aos terrenos de marinha, foi remetida à legislação especial por expressa disposição do §2.º daquele mesmo artigo do CC.

elas ser orientadas pelas disposições legais que fornecem os elementos integrantes do conceito de terrenos de marinha.

A tudo se acresça a questão relativa à subsistência de anacrônica disciplina legal do processo de demarcação dos terrenos de marinha, concebida em 1946 e ainda sob égide da Constituição de 1937, outorgada pelo então Presidente Getúlio Vargas após o advento do “Estado Novo”, Carta na qual a proteção dos direitos fundamentais não foi eleita como primeira preocupação estatal.

A despeito dessas dificuldades, sendo indisponível o direito da União sobre o acervo imobiliário que a Constituição de 1988 lhe atribuiu, deve esse ente envidar esforços para promover a demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos, de modo que possa assegurar que a essa categoria de bens seja dada a destinação que melhor cumpra sua função social.

É bem verdade que, mesmo tendo atribuído a titularidade desses bens à União, a Constituição de 1988 nada falou acerca dos elementos característicos dos terrenos de marinha e dos seus acrescidos, nem se referiu ao processo pelo qual se deve promover a demarcação desses imóveis. Ressalve-se, entretanto, que não obstante o texto da Carta Magna ter silenciado acerca de regras específicas do processo em questão, as normas nela contidas terminaram por informar diretamente a atividade demarcatória desenvolvida pela União, na medida em que lhe impôs o dever inafastável de, ao identificar os terrenos de marinha e seus acrescidos, observar o compromisso anunciado desde o preâmbulo da Lei Maior, no sentido de realizar justiça e garantir os direitos fundamentais das pessoas<sup>2</sup>.

## **B) Justificativa**

Feitas essas ponderações iniciais, impõe-se consignar alguns argumentos que justificam o estudo do processo de demarcação dos terrenos de marinha.

---

<sup>2</sup> A expressão cidadão não é adequada quando se trata de referência aos direitos fundamentais. Essa advertência foi brilhantemente colocada pelo Professor e Ministro aposentado do STF Carlos Ayres de Britto, ao participar da primeira banca do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Na ocasião, disse o ilustre Professor que os direitos fundamentais são inerentes aos indivíduos. Isso em razão de que, para ser cidadão, exige-se uma conduta ativa, “um fazer”. No entanto, para que se reconheça uma pessoa como indivíduo, a esta “basta apenas ser”. Desse modo, sendo os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, o reconhecimento destes dispensaria qualquer conduta ativa (“um fazer”) por parte do seu titular, que é o indivíduo, independentemente da condição destes em relação ao pleno gozo de seus direitos políticos. Em suma: para se ter direitos fundamentais, é dispensável qualquer “fazer”, bastando “ser” indivíduo.

A singela análise de qualquer mapa geográfico nacional indica que a imensa maioria das capitais dos estados litorâneos brasileiros se localiza na Zona Costeira<sup>3</sup>, que compreende 14 (catorze) das 26 (vinte e seis) regiões metropolitanas brasileiras (SILVA, 2006, p. 3) e onde reside, segundo dados do IBGE (2011, p. 118) de 2010, 26,6% da população do país.

Além do significativo adensamento populacional, a Zona Costeira apresenta relevância também em razão das atividades econômicas que são nela desenvolvidas. A indústria do petróleo e do gás, a pesca e aquicultura, a construção civil, os empreendimentos imobiliários, os complexos turísticos e hoteleiros, os equipamentos de logística de infraestrutura como portos, usinas eólicas, dentre outras, são atividades que reforçam a importância da região litorânea para o desenvolvimento nacional.

A tudo isso se acresçam as características ambientais da Zona Costeira, que corresponde ao “espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra”<sup>4</sup>, onde se localizam ecossistemas de extrema fragilidade, como os estuários de rios e os manguezais.

Ocorre que a região litorânea, além disso tudo, apresenta uma característica peculiar relativa ao aspecto dominial. Conforme dispõem os incisos IV e VII do artigo 20, da Constituição de 1988 – CB/1988, as praias marítimas, os terrenos de marinha e seus acrescidos são de propriedade da União. Sendo, no entanto, bens de uso comum do povo e, por conseguinte, indisponíveis (MELLO, 2013, p. 938), as praias não podem, em regra<sup>5</sup>, ser objeto de utilização privativa por particulares. Por esse motivo, no que concerne ao processo de povoamento do litoral, são os terrenos de marinha e seus acrescidos os bens que maior interesse despertam, já que, não estando eles caracterizados como praias<sup>6</sup> ou afetados a algum uso público, constituem-se em imóveis dominiais e que podem ser destinados a particulares por meio dos diversos mecanismos previstos na legislação patrimonial da União, em especial a ocupação e o aforamento.

---

<sup>3</sup> A definição de Zona Costeira se encontra estabelecida no art. 2.º parágrafo único, da Lei n.º 7.661/1988. Os municípios que se encontram por ela abrangidos são aqueles que se enquadram em uma das situações descritas no art. 4.º do Decreto n.º 5.300, de 7 de dezembro de 2004.

<sup>4</sup> Trata-se de trecho do parágrafo único, do art. 2.º da Lei 7.661/1988.

<sup>5</sup> Por óbvio que se admite, excepcionalmente, a utilização privativa das praias, notadamente para atividades ou empreendimentos que devam, necessariamente, ser realizados em tais espaços. O permissivo legal para tanto se encontra disposto no art. 6.º, do Decreto-lei n.º 2.398/1987. É o caso, por exemplo, das marinas e estaleiros.

<sup>6</sup> Como se verá mais adiante, os terrenos de marinha são demarcados a partir de um marco espacial fixo, que vem a ser a linha de preamar médio de 1831. Assim, sua localização independe das características físicas do espaço. Já as praias marítimas, conforme o dispõe o art. 10, §3.º, da Lei n.º 7661/1988, têm sua caracterização determinada pelas características morfológicas de cada ecossistema. Disso resulta que pode se verificar (o que é bastante comum na prática e que, por conta disso, causa bastante confusão entre os conceitos) ser um terreno de marinha (ou acrescido de marinha) também caracterizado como praia marítima. Neste caso, esse terreno não poderá ser objeto de utilização privativa, sendo, portanto, indisponível.



Com relação ao processo de demarcação dos terrenos de marinha, este que vem a ser o objeto central do presente estudo, é ele disciplinado por legislação editada no ano de 1946, mais especificamente o Decreto-lei n.º 9.760/1946, que dedica ao tema os artigos de 9.º ao 15. As alterações legislativas promovidas desde então foram pouco significativas, de modo que subsiste formalmente o modelo concebido pelo legislador ordinário da década de quarenta do século (e milênio) passado(s).

Em consequência disso, sendo o Direito ciência que se liga aos fatos sociais, circunstância que lhe outorga caráter eminentemente cambiante, imperioso reconhecer a necessidade de se aferir a compatibilidade das regras legais acima mencionadas com as normas da Constituição vigente.

E é pela lacuna existente em relação ao tema que o presente trabalho propõe uma releitura das disposições legais que disciplinam a atividade demarcatória desenvolvida pela União, de modo a conformá-las aos preceitos esculpidos pelo Constituinte de 1988, notadamente a primazia de salvaguarda dos direitos fundamentais, nos quais se incluem o direito de propriedade e os direitos fundamentais processuais.

### **C) Estrutura do texto**

O presente trabalho se estrutura em três capítulos, além desta Introdução, das Considerações Finais e das Referências.

No **Primeiro Capítulo**, foi realizado um estudo da origem dos terrenos de marinha, com especial atenção ao instituto que lhe precedeu, qual seja, as marinhas (ou marinhas de sal), que já possuíam regulação específica no direito português desde antes do descobrimento do Brasil.

O ponto de partida para o presente estudo foi o Tratado de Tordesilhas, primeiro diploma que outorgou a propriedade das terras do Brasil à Coroa Portuguesa. A partir daí, promoveu-se a análise dos instrumentos que originariamente mencionaram e regularam o uso das marinhas em terras brasileiras, especialmente a Carta de Doação da Capitania de Pernambuco, passada por Dom João III em favor de Duarte Coelho, na primeira tentativa de povoamento do Brasil após o descobrimento. Após se prosseguiu com uma exposição da trajetória normativa das marinhas e dos terrenos de marinha, do final do século XVII até os dias atuais.

A construção deste capítulo, eminentemente (mas não completamente) descritivo-explicativo, demandou cuidados especiais para seleção do material de pesquisa. Isso em razão

de que, por ser bastante específico e pouco explorado pela doutrina, sobretudo a jurídica, são escassas as obras que se dedicam ao tema. Por conta disso, a pesquisa foi realizada privilegiando o contato direto com as fontes normativas primárias, ou seja, os diplomas legais que disciplinavam em Portugal o instituto das marinhas, bem como, após o descobrimento, também no Brasil. Assim, pode-se dizer que se tratou de uma pesquisa eminente documental, muito embora não se tenha desprezado a contribuição de algumas fontes bibliográficas sobre o tema.

A cautela adotada para a confecção deste estudo se revelou imperiosa em razão de que, em alguns artigos, trabalhos acadêmicos (dissertações e teses) e livros sobre o tema, constatou-se ser recorrente o fato de se reproduzir informações constantes em obras anteriores, as quais não correspondiam fielmente ao conteúdo dos instrumentos legais apontados como lastro para as conclusões. A impropriedade acima mencionada, percebida desde o início desta pesquisa, conduziu-nos a recorrer frequentemente ao uso de notas de rodapés e referências (autor/data/página), de modo a transmitir segurança aos que eventualmente se valham deste texto como fonte de estudo.

Importante pontuar que, longe de se querer aqui desmerecer quaisquer trabalhos anteriores sobre o tema, nem tampouco se afirmar o intento deliberado de alguns autores em falsear o conteúdo de suas obras, o registro acima feito se destina mais a alertar o leitor caso aqui se depare com informações distintas das constantes em outros trabalhos. Neste caso, antes de concluir pela impropriedade de uma ou outra obra sobre o assunto, recomendável promover a necessária confrontação com as fontes consultadas e referenciadas em cada pesquisa.

Também neste primeiro Capítulo foram apresentados conceitos correlatos ao tema, tais como o de terrenos acrescidos de marinhas, o de praias marítimas e o de terrenos marginais, pontuando-se as distinções entre esses institutos e os terrenos de marinha. Para tanto, além do texto dissertativo e descritivo, um recurso também utilizado foi a elaboração ou apresentação de figuras ilustrando cada uma dessas categorias de bens.

O **Segundo Capítulo** foi destinado à construção do referencial teórico da presente pesquisa. O seu momento inicial se destinou à análise do modelo de Estado Absolutista, que precedeu às revoluções da segunda metade do século XVIII, bem como da trajetória dos movimentos constitucionais, estes que tiveram matriz na experiência atípica da Inglaterra. Após se passou à análise do Constitucionalismo Moderno dos Estados Unidos e da França, até se chegar à configuração do Constitucionalismo Contemporâneo e, em relação a este, à experiência brasileira.

A realização desse recorte temporal se justificou na medida em que se pretendeu fazer coincidir os estudos dos modelos de Estados e de constitucionalismos, com a trajetória histórica das marinhas e dos terrenos de marinha apresentada no capítulo anterior, a qual teve seus registros mais relevantes a partir do final do século XVII e início do XVIII.

Em seguida, foi dedicada seção especial à configuração constitucional brasileira (re)inaugurada em 1988, na qual se analisou principalmente os reflexos desse novo modelo de Estado para os institutos do Direito Administrativo, notadamente a alteração do Regime Jurídico Administrativo e a eleição do processo administrativo como instrumento primordial de atuação da Administração Pública.

Daí se reforçou a necessidade de se promover uma releitura da disciplina normativa do processo de demarcação dos terrenos de marinha, o que se justificou não somente pelo distanciamento temporal desde quando ela foi expedida, mas principalmente em razão da diferença, quanto à densidade democrática, entre a configuração do Estado quando editado o Decreto-lei n.º 9.760/1946 e o modelo constitucional estabelecido a partir de 1988.

O segundo capítulo foi encerrado com a apresentação dos instrumentos hermenêuticos que orientaram a atividade de releitura do processo de demarcação dos terrenos de marinha, os quais consistiram, em especial, nas formulações de Konrad Hesse quanto à interpretação das normas constitucionais e das normas legais em conformidade com a Constituição.

Quanto às ferramentas metodológicas utilizadas para a construção do segundo capítulo, registre-se que a modalidade da pesquisa foi eminentemente bibliográfica, realizada a partir de consulta a doutrinadores nacionais e estrangeiros.

O método empregado foi o dedutivo, na medida em que as hipóteses interpretativas apresentadas ao longo de todo o capítulo decorreram das formulações adotadas como referência a partir da pesquisa bibliográfica realizada.

O **Terceiro Capítulo** se destinou a realizar efetivamente a releitura proposta neste trabalho.

Inicialmente foi apresentada a trajetória do processo como instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, desde as formulações iniciais ainda na forma da “lei da terra” (*legem terrae*), até se chegar ao agora denominado processo justo.

Ao se encerrar esse itinerário histórico, foram apontadas as características do que pode ser compreendido como processo justo, utilizando-se como principal referência para tanto a construção teórica apresentada por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

Após isso, foi desenvolvida a análise do processo de demarcação dos terrenos de marinha, cotejando-se as disposições legais específicas com as normas veiculadas na Constituição de 1988, bem assim na Lei n.º 9.784/1999.

O Capítulo 3 foi encerrado com uma breve reflexão destinada a principiar um diálogo com os destinatários desta pesquisa, reforçando-se a necessidade de aperfeiçoamento da atividade de demarcação dos terrenos de marinha.

Do mesmo modo que no anterior, neste terceiro capítulo o método predominantemente empregado foi o dedutivo, sendo notadamente bibliográfica a modalidade de pesquisa realizada, mas com recurso pontual a textos normativos (pesquisa documental).

As **Considerações Finais** do trabalho constam da apresentação das principais conclusões a que se chegou ao longo do texto, observando-se a sequência em que elas foram construídas nos três capítulos anteriores.

Após a conclusão do trabalho, foram apresentadas as **Referências** utilizadas nesta pesquisa, sendo necessário ressaltar que somente foram incluídos os documentos e as obras expressamente citadas no texto, não sendo registrado nesta parte o material somente consultado, mas que não recebeu expressa menção.

## **1. TERRENOS DE MARINHA: ORIGEM, TRAJETÓRIA HISTÓRICA, CONCEITO ATUAL, CLASSIFICAÇÃO E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS.**

A configuração atual dos terrenos de marinha não pode ser tributada a um ato específico. Ela é decorrente de um longo e complexo processo construído durante mais de três séculos, mas que tem como ato principal a referência a eles no texto da Constituição de 1988. Essa jornada possui alguns eventos que representam marcos para o instituto, pois se prestaram a dar novo rumo ao seu itinerário, seja no que refere aos elementos que integram o seu conceito, seja promovendo alterações no seu processo de demarcação, ou, ainda, modificando a vocação de destinação dessa categoria de bens.

É, importante, pois, conhecer a trajetória percorrida pelos terrenos de marinha até os dias atuais, com atenção para o fato de que sua história começa antes mesmo de sua efetiva existência, tendo origem com o instituto que lhe emprestou suas características essenciais<sup>7</sup>: as marinhas (ou “marinhas de sal”) portuguesas.

O roteiro que se aduzirá foi elaborado levando em conta esses marcos, que embora não tenham, pelo menos em sua maioria, representado uma ruptura com os elementos característicos do instituto, justificam-se para fins didáticos, na medida em que facilitam a compreensão desta secular narrativa.

### **1.1. Os terrenos de marinha: de 1500 ao final do Século XVIII.**

O quadro de Oscar Pereira da Silva, que retrata o desembarque de Cabral em Porto Seguro no ano de 1500, é o registro que a história oficial do Brasil apresenta dos primeiros terrenos de marinha sobre os quais pisaram os colonizadores portugueses.

Reconheça-se que a afirmação acima está sujeita a duas incertezas. A primeira delas se refere à possibilidade de que, como sugerem diversas teorias e pesquisas não atestadas oficialmente, os portugueses, antes do evento retratado na obra mencionada, tenham aportado em outros pontos do litoral brasileiro. A outra tem fundamento na possibilidade de que, desde a data oficial do descobrimento do Brasil, tenha se verificado uma oscilação no nível das marés, a ponto de provocar o avanço do mar, de modo que em 1831, ano que é utilizado pela legislação hoje vigente como referência temporal para identificação de tais bens, estivesse aquela paisagem já encoberta total ou parcialmente pelas águas do Atlântico.

---

<sup>7</sup> Sobre a impropriedade de se apontar as lezírias como instituto que deu origem aos terrenos de marinha, esta pesquisa dedicará seção específica (1.5) para o trato dessa questão.

A chegada da esquadra de Cabral, entretanto, representou apenas um ato de posse, uma vez que a propriedade da então denominada “Ilha de Vera Cruz” (posteriormente chamada de “Terra de Santa Cruz”) já se encontrava outorgada a Portugal pelo Tratado de Tordesilhas<sup>8-9</sup>, instrumento por meio do qual todas as terras já descobertas ou ainda por descobrir, localizadas até uma “linha de sinal”, de “pólo a pólo”, situada a 370 léguas a oeste das ilhas de Cabo Verde, passaram a pertencer ao “dito Rei de Portugal”. Foi o referido Tratado, assim, o título sobre o qual se principiou a cadeia dominial da propriedade pública (e também privada) no Brasil, incluindo as áreas que hoje são identificadas como terrenos de marinha.

Com a implantação do modelo de capitanias hereditárias, marco inicial do processo de colonização sistemática do Brasil, as “marinhas”, instituto do qual derivaram os terrenos de marinha (CARVALHO, 1893, p. 31)<sup>10</sup>, tiveram a primeira referência em instrumentos normativos dirigidos à então Colônia. O artigo 7.º da Carta de Doação de 10 de março de 1534, passada por D. João III em favor de Duarte Coelho para o fim de transmitir a este direitos sobre a capitania de Pernambuco, refere-se àqueles espaços afirmando que somente por vontade e ato do então constituído Capitão Donatário poderiam ser feitas “marinhas”.

Oportuno transcrever trecho do citado documento onde já consta expressa alusão ao referido instituto:

*7º Outro si me praz por fazer merce ao dito Duarte Coelho, e a todos seus Successores a que esta Capitania e Governança vier de juro e herdade pera sempre que elles tenham e ajam as moendas de agoas, marinhas de Sal, quaes quer outros engenhos de qual quer calidade que sejam que na dita Capitania e Governança se poderem fazer, e ey por bem que pessoa alguma não possa fazer as ditas moendas, marinhas, nem engenhos se não, o dito Capitão e Governador, ou aquelles a que*

<sup>8</sup> O Tratado de Tordesilhas tinha o seguinte teor parcial: “(...) que se trace e assinale pelo dito mar Oceano uma raia ou linha direta de pólo a pólo; convém a saber, do pólo Ártico ao pólo Antártico, que é de norte a sul, a qual raia ou linha e sinal se tenha de dar e dê direita, como dito é, a trezentas e setenta léguas das ilhas de Cabo Verde em direção à parte do poente, por graus ou por outra maneira, que melhor e mais rapidamente se possa efetuar contanto que não seja dado mais. E que tudo o que até aqui tenha achado e descoberto, e daqui em diante se achar e descobrir pelo dito senhor rei de Portugal e por seus navios, tanto ilhas como terra firme desde a dita raia e linha dada na forma supracitada indo pela dita parte do levante dentro da dita raia para a parte do levante ou do norte ou do sul dele, contanto que não seja atravessando a dita raia, que tudo seja, e fique e pertença ao dito senhor rei de Portugal e aos seus sucessores, para sempre. E que todo o mais, assim ilhas como terra firme, conhecidas e por conhecer, descobertas e por descobrir, que estão ou forem encontrados pelos ditos senhores rei e rainha de Castela, de Aragão etc., e por seus navios, desde a dita raia dada na forma supra indicada indo pela dita parte de poente, depois de passada a dita raia em direção ao poente ou ao nortesul dela, que tudo seja e fique, e pertença, aos ditos senhores rei e rainha de Castela, de Leão etc. e aos seus sucessores, para sempre.”

<sup>9</sup> Há de se consignar que a propriedade de Portugal e Espanha sobre as terras mencionadas no Tratado de Tordesilhas era controvertida. Tanto é que o Francisco I, Rei da França, insatisfeito com a divisão bilateral de toda a terra, teria afirmado não conhecer a cláusula do testamento de Adão em que este deixara o mundo apenas para aqueles dois países (TAVARES, 2014, p. 40).

<sup>10</sup> Reitera-se aqui o registro feito na nota de rodapé n.º 7, com relação ao trato da questão do instituto que deu origem aos terrenos de marinha (ver seção 1.5).

*elle pera isso der licença, de que lhe pagarão aquelle foro, ou tributo que se com elles concertar.* (Grafia conforme consta no original) (GAMA, 1844, p. 46)

A referência constante na referida Carta autoriza que dela se extraiam duas conclusões.

A primeira delas é a de que, desde a expedição daquela epístola, já se facultava a instituição do regime de enfiteuse para utilização de terras no Brasil, o que dependeria de “licença” do Capitão e Governador da capitania, a quem se fazia “irrevogável doação” de “sessentas léguas de terra na dita costa do Brasil”. A permissão real para adoção desse regime decorreu de a enfiteuse já ser fórmula consagrada em Portugal, em especial no Estuário do Rio do Tejo, onde há registros de aforamentos de “marinhas”<sup>11</sup> desde o século XIV (MICAEL, 2011, p. 158).

A segunda conclusão é a de que, diferentemente do que sustentam alguns<sup>12</sup>, a expressão “marinhas” não foi introduzida em nosso<sup>13</sup> ordenamento jurídico somente por ocasião da Ordem Régia de 21 de outubro de 1710. Aliás, diversas são as referências às “marinhas” que constam na legislação portuguesa do século XVII, tais como as Cartas Régias de 28 de julho de 1618<sup>14</sup>, de 4 de novembro de 1620<sup>15</sup>, de 15 de fevereiro de 1624<sup>16</sup>, os Alvarás de 10 de maio de 1672<sup>17</sup> e de 5 de agosto de 1673<sup>18</sup>, o Acórdão da Câmara de Setúbal de 6 de fevereiro de 1675<sup>19</sup>, a Carta de Lei de 15 de fevereiro de 1695<sup>20</sup> e, por fim, o Alvará de 27 de março de 1696<sup>21</sup>.

<sup>11</sup> A expressão “marinha” corresponde ao local onde se produz o sal marinho, sendo esta uma designação recorrente na baixa idade média (MICAEL 2011, p. 13). Atualmente, em Portugal e no Brasil, o referido local é usualmente designado de salina.

<sup>12</sup> Maria Almeida de Passos Freitas (2004, p. 142) sustenta equivocadamente esse entendimento.

<sup>13</sup> Tinham aplicação no Brasil colônia as ordenações portuguesas. Portanto, o que se considerou como “nosso” era, na verdade, transportado de Portugal, uma vez que o Brasil de então era considerado mera extensão dos domínios lusitanos.

<sup>14</sup> Carta Régia de 28 de julho de 1618: decide questão relativa ao transporte de sal em determinada marinha.

<sup>15</sup> Carta Régia de 4 de novembro de 1620: expede provisão sobre a competência do Conselho da Fazenda, decidindo sobre o quarto do sal das marinhas de Santo António do Tojal e Manotas.

<sup>16</sup> Carta Régia de 15 de fevereiro de 1624: encarrega o Procurador da Coroa de decidir causa entre o Duque de Bragança e os moradores de Santo António do Tojal e Manotas, sobre o quarto do sal das marinhas dos ditos lugares.

<sup>17</sup> Alvará de 10 de maio de 1672: dispõe sobre a atividade de exploração e comercialização de sal nas cidades localizadas no estuário do Rio do Tejo.

<sup>18</sup> Alvará de 5 de agosto de 1673: promove a cessão de nova lotação de marinhas de sal em Setúbal.

<sup>19</sup> Acórdão da Câmara de Setúbal de 6 de fevereiro de 1675: confirma regulamento para cotação de sal das marinhas.

<sup>20</sup> Carta de Lei de 15 de fevereiro de 1695: proíbe aos oficiais das fábricas das marinhas de sal saírem do Reino para ensinar em o mesmo fabrico.

<sup>21</sup> Alvará de 27 de março de 1696: proíbe que sejam admitidos estrangeiros a trabalhar nas marinhas de sal, ou aprender nas suas fábricas.

Há quem<sup>22</sup> sustente, inclusive, que o Alvará de 10 de maio de 1672 teria alguma relação com os terrenos de marinha. Essa afirmação, no entanto, não é procedente, embora muitos que escreveram sobre o tema a tenham reproduzido, talvez sem o cuidado de consultar as fontes que transcrevessem integralmente o instrumento normativo em comento.

Na verdade, o Alvará de 10 de maio de 1672, embora mencione a expressão “marinhas”, não contém qualquer disciplina concernente à utilização dessas áreas, muito menos faz alusão à expressão “terrenos de marinha”, como sugere a afirmação de Souza Mello (1966, p. 242). Diferente disso, o citado instrumento se limitou a apresentar regramento relativo às pessoas que poderiam participar das atividades desenvolvidas nas “marinhas”, resolvendo controvérsia específica que se verificou nas localidades situadas no estuário do Rio do Tejo, em Portugal.

O que realmente ensejou a expedição desse Alvará foi o fato de que atravessadores, estrangeiros e nacionais (de Portugal), estariam a praticar atos de descaminho em relação aos encargos exigidos pela coroa portuguesa. Em razão disso, foi proibida a venda (por) ou compra de sal a estrangeiros, sendo que as aquisições desse produto deveriam ser feitas perante corretores designados. Pela venda do sal os senhorios das marinhas receberiam parte do preço obtido, o qual seria proporcional à produção realizada nas terras sob seu domínio. Não se promoveu, assim, qualquer alteração nos regimes de utilização de terras já vigentes até então.

E nem se cogite afirmar que, ao fazer alusão ao “senhorio das marinhas”, estaria o Alvará de 10 de maio de 1672 estabelecendo o regime de enfiteuse (aforamento) em bens daquela natureza. Acerca dessa questão, há registros históricos de que, nas marinhas portuguesas, em especial na região do estuário do Rio do Tejo, o regime de enfiteuse era aplicado pelo menos desde o ano 1372 (MICAEL, 2011, p. 158)<sup>23</sup>, ou seja, trezentos anos antes de ser expedido o Alvará de 10 de maio de 1672.

Embora sem mencionar expressamente a designação de “marinhas”, a Ordem Régia de 4 de dezembro de 1678 foi um instrumento que apresentou elemento conceitual de extrema relevância para a atual definição de terrenos de marinha, especialmente daqueles situados “nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés.”<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Humberto Haydt de Souza Mello (1966, p. 242) afirma que o Alvará de 10 de maio de 1672 veicularia providências sobre os terrenos de marinha destinados à produção de sal. Na verdade, o instrumento em questão adota providências relativas à atividade de produção de sal, e nada mais, não trazendo qualquer disposição com vistas à regulação do regime de utilização de tais espaços.

<sup>23</sup> Trata-se de aforamento de marinha que teve como senhorio o Mosteiro de Santos-o-Novo e como enfiteuta Maria Anes Ramalho.

<sup>24</sup> Art. 2.º, alínea “a”, do Decreto-lei n.º 9.760/1946.



Após controvérsia havida entre moradores das cidades de Bernabé Soares e São Bento e os membros da Companhia de Jesus, o Príncipe D. Manoel Lobo autorizou que, a despeito da resistência dos religiosos, os moradores daquelas localidades poderiam promover o corte dos mangues. A referida Ordem teve como fundamento o fato de que tal vegetação nasceria em áreas de “salgado, onde só chega o mar e com a enchente (...)”. Assim, estando as referidas áreas sob a *influência do mar*, seriam elas de “regalia” real.<sup>25</sup>

A idéia de que os bens sob influência do mar são de domínio da Coroa e, por esta razão, não deveriam estar abrangidos nos direitos passados juntamente com as sesmarias, foi reafirmada na Ordem Régia de 21 de outubro de 1710, a qual asseverou que “as sesmarias nunca deviam compreender a marinha, que sempre deve estar desimpedida para qualquer incidente do Meu serviço, e defesa de terra”.

Questão semelhante foi objeto da Ordem Régia de 7 de maio de 1725, que tratou de determinadas construções avançadas de tal modo em direção ao mar, a ponto de deixarem “as praias sem marinha.”<sup>26</sup> Após reiterar a premissa de que as “marinhas” deveriam permanecer desimpedidas para o serviço da Coroa e para o uso comum, o soberano português questionou ao Capitão General da Capitania do Rio de Janeiro sobre a conveniência de se promover a medição das marinhas entre o mar e as construções existentes na localidade, de modo a evitar dúvidas quanto às áreas que deveriam ficar livres de qualquer edificação.

A Ordem Régia de 10 de dezembro de 1726 teve objeto mais amplo. Além de tratar dos problemas que as construções sobre a marinha representavam para a circulação de pessoas a serviço da Coroa, bem como para o embarque e desembarque de provimentos para a Cidade, na aludida Ordem se menciona que o próprio mar estaria sofrendo os efeitos do avanço daquelas edificações, pois em decorrência delas se acumulavam “areias” e se originava uma “nova praia”<sup>27</sup>, ficando diminuídos o molhe e o atracadouro que davam acesso às embarcações. Contudo, a despeito do dano que a Ordem afirmou ter sido causado por tais construções, por serem estas de valor considerável, o soberano português entendeu por bem

---

<sup>25</sup> A idéia de que todos os bens banhados ou sob a influência do mar são de propriedade da Coroa, e que por isso não devem estar compreendidos nos direitos passados com as sesmarias, é reafirmada em outras disposições normativas que tratam do tema. É esse mesmo fundamento do Aviso de 18 de novembro de 1818, que afirma “tudo que toca a água do mar e acresce sobre ela é da Coroa, na forma da Ordenação do Reino.” (LIMA, 1865, p. 15).

<sup>26</sup> A Ordem Régia de 21 de outubro de 1710, ao afirmar que as marinhas estariam compreendidas no conceito de praia, parece inaugurar uma celeuma que é ainda hoje bastante comum: a confusão entre os conceitos de praia e de “marinhas”, que é o instituto precedente dos terrenos de marinha. É oportuno consignar, ainda, que este trabalho dedicará seção especial (seção 1.10) para o instituto das praias marítimas.

<sup>27</sup> É esse o primeiro registro de controvérsia envolvendo os terrenos “que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar (...)”, conhecidos hoje como acrescidos de marinha. Acerca destes, também será dedicada seção do presente trabalho (seção 1.9).

preservá-las, mas na mesma oportunidade determinou que “ninguém se possa alargar um só palmo para o mar, nem edificar nas praias.”

A qualificação das praias e do mar como bens de uso comum do povo foi também afirmada pela ordem Régia de 10 de janeiro de 1732, que determinou ao Governador do Rio de Janeiro não consentir que “se aproprie pessoa alguma” desses espaços.

## **1.2. Os terrenos de marinha: da chegada da Família Real ao Rio de Janeiro à extinção do Império.**

Importante notar que, até o final do século XVIII, a premissa que orientava a disciplina normativa das marinhas e das praias era a impossibilidade de utilização privativa dessas áreas, o que se conclui a partir das recorrentes referências ao fato de esses bens serem destinados ao serviço público e ao uso comum do povo. Todavia, essa diretriz começa a experimentar flexibilização já no início do século XIX. A propósito, o Decreto de 21 de janeiro de 1809, expedido pelo soberano de Portugal já em terras brasileiras, autorizou a concessão, em aforamento ou arrendamento, das “praias da Gamboa e Sacco do Alferes”.

Essa modificação teve como um dos elementos determinantes a maior demanda por espaços para moradia e serviços na cidade do Rio de Janeiro (PINTO, 2007, p. 89 e 115), como decorrência do aumento populacional<sup>28</sup> verificado após a transferência da Família Real Portuguesa em 1808. É tanto que a justificativa para a realização das concessões a que se referiu o citado Decreto foi a “grande falta que há nesta Cidade de armazéns, trapiches em que se recolham trigos, couros e outros gêneros (...)” (LIMA, 1865, p. 14).

Mas não foi somente o déficit de estrutura urbana que motivou que se autorizasse a utilização desses espaços. A mudança da sede da Coroa Portuguesa para a cidade do Rio de Janeiro tornou necessária a construção de uma “Nova Metrópole”, a qual viria a ser a futura sede do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves<sup>29</sup>. Tal empreitada produziu, como consequência inevitável, a elevação dos custos de manutenção da Família Real (MALERBA, 2000, p. 232), o que exigia o incremento das receitas da Coroa. Foi por isso que o referido Decreto prescreveu que a concessão se fizesse em favor de “quem mais possa oferecer e em breve tempo possa principiar a edificar”.

<sup>28</sup> Há grandes divergências quanto ao número de pessoas que acompanharam a família real portuguesa durante a fuga para o Brasil. Segundo Malerba (2007, p. 233), teriam chegado com a corte portuguesa aproximadamente 15.000 (quinze mil) pessoas. Contudo, Cavalcanti (2007, p. 154), afirma que apenas 420 pessoas teriam acompanhado a família real na chegada em 1808.

<sup>29</sup> A elevação da colônia à condição de Reino Unido somente veio a se verificar em 1815. Até então, a condição do Brasil ainda era de mera colônia na qual permanecia, apenas circunstancialmente, a Família Real.

Manifesta, por conseguinte, a relevância<sup>30</sup> do Decreto de 21 de janeiro de 1809 para o tema em estudo, já que promoveu significativa alteração no instituto das “marinhas”, que até então, como regra, deveriam permanecer desimpedidas e destinadas somente ao serviço público e ao uso comum do povo. A partir daquele instrumento normativo, apresentou-se para aquela categoria de bens uma nova vocação<sup>31</sup>, passando eles, então, a funcionar como importante fonte de receitas para a Coroa.

E o aumento da demanda pela utilização das marinhas fez mais evidente ainda aquela necessidade já cogitada na Ordem Régia de 7 de maio de 1725, no sentido de se estabelecer uma medida de referência para essa faixa de terras. E ao ensejo dessa exigência foi expedido o Aviso<sup>32</sup> de 18 de novembro de 1818 (LIMA, 1865, p. 6), primeiro instrumento normativo que se presta a informar o parâmetro para medição das marinhas.

Diz o citado Aviso que “da linha d’água para dentro sempre são reservadas 15 braças pela borda do mar para serviço público.” As “braças” em referência são as braças craveiras<sup>33</sup>, que correspondem pelo sistema métrico atual a 2,20 metros. Dessa relação (15 x 2,20 metros), chega-se aos 33,00 metros<sup>34</sup> que representam na atualidade a medida de largura dos terrenos de marinha.

Mas mesmo com a definição de uma unidade de medida para as marinhas, não tardou para que os efeitos do ímpeto arrecadatório, demonstrado no Decreto de 21 de janeiro de 1809, mostrassem-se danosos. Como o referido Decreto não cuidou de indicar quem teria a atribuição de conceder títulos às pessoas que pretendiam construir trapiches, armazéns e outros estabelecimentos nas marinhas, diversas autoridades vinculadas à Coroa se sentiram habilitadas a fazê-lo. E disso resultou uma ocupação desordenada da região das praias da Gamboa e Sacco do Alferes.

---

<sup>30</sup> A afirmação de que o mencionado Decreto teve relevância para o tema em estudo não significa dizer que esse instrumento normativo representou uma contribuição positiva. Na verdade, ele abriu os caminhos para a apropriação de espaços que, até então, sempre permaneceram excluídos de utilização privativa por particulares.

<sup>31</sup> Não se pode considerar equivocada a afirmação de que o Decreto de 21 de janeiro de 1809 inaugura a utilização remunerada das “marinhas”, que menos de duas décadas depois deram origem aos terrenos de marinha. Ainda que se cogitasse afirmar que o aforamento das “marinhas de sal” tenha sido autorizado desde 1534 por meio das Cartas Régias destinadas aos então Capitães Donatários, conforme já mencionado neste trabalho, a produção de sal no Brasil Colônia, segundo MAIA (2011, p. 30), encontrava-se proibida desde 13 de julho de 1632, em razão do estabelecimento do monopólio em favor das salinas de Setúbal, de Alverca da Figueira em Portugal. Em 1690, a proibição foi ampliada para o fim de vedar inclusive o consumo de sal extraído de depósitos naturais (MAIA, 2011, p. 31). Esse monopólio perdurou por 170 anos, somente tendo fim em 1802 (MAIA, 2011, p. 37).

<sup>32</sup> Trata-se de Aviso, e não Ordem Régia, como afirmado por alguns.

<sup>33</sup> Essa afirmação se fundamenta no fato de que, logo mais adiante, o art. 4.º da Instrução de 14 de novembro de 1832 faz referência expressa a essa unidade de medida.

<sup>34</sup> Sobre o fundamento para adoção dessa medida de 15 braças ou 33,00 metros, este trabalho dedicará seção (1.6) específica para o trato da questão.

Como forma de minimizar os problemas, em 13 de julho de 1820 foi expedido um novo Decreto, o qual determinou que a competência para expedição de qualquer autorização para utilização das marinhas seria da Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha e Domínios Ultramarinos (LIMA, 1865, p. 16).

Nada obstante, o desacerto na concessão do aforamento das praias da Gamboa e Sacco do Alferes ficou ainda mais evidenciado poucas décadas depois, com a necessidade de o poder público promover a desapropriação dos mesmos armazéns e depósitos que o citado Decreto de 21 de janeiro de 1809 tanto almejava que logo fossem construídos.

Acerca dessa questão, em 1875, Souto (1875, p. 65) relata a necessidade de se incluir no orçamento verbas destinadas ao pagamento das necessárias indenizações, uma vez que tais armazéns e depósitos deveriam ser removidos do local onde se encontravam edificadas, a fim de que se pudesse realizar o aterro da enseada compreendida entre a Ilha das Moças<sup>35</sup>, antiga denominação da Ilha do Caens, e o morro da Gamboa, atual morro da Providência.

Em 1820, a Consulta e Resolução de 12 de abril daquele ano<sup>36</sup> tratou de questão relativa à concessão de determinada área a um interessado. Esse ato não seria digno de nota se não fosse o fato de ter sido o primeiro a fazer uma confusão ainda hoje recorrente. A referida Consulta e Resolução utilizou a expressão “terreno da marinha”, que certamente corresponde à mesma categoria de bens que atualmente todos sabem se designar de “terrenos de marinha”. Não fosse essa pequena divergência, seria essa Consulta e Resolução o primeiro registro da denominação atual desses terrenos.

Bem perto de receber essa qualificação (primeira referência ao termo “terrenos de marinha”) também chegou o Aviso de 13 de julho de 1827. Em seu texto utiliza a expressão “terrenos a beira-mar”, dizendo que estes correspondem ao espaço compreendido entre o “bater do mar e a terra firme, que deve reputar como Marinha”. Em outro trecho menciona que “terreno que propriamente se chama Marinha é aquele que se compreende em 15 braças entre a terra firme e o bater do mar nas águas vivas.” Como se percebe, esse Aviso faz inequívoca referência aos terrenos de marinha, mas também não utiliza literalmente essa expressão. E a propósito, é tão certo que o Aviso de 13 de julho de 1827 se refere ao que hoje

---

<sup>35</sup> Para que ninguém a procure, é preciso dizer que a referida ilha, antes localizada na esquina da Rua Santo Cristo com Praia Formosa, praia esta que corresponde atualmente à Rua Pedro Álvares, foi completamente devastada para que sua areia fosse utilizada na construção do cais do porto em 1906. Eis aí mais uma demonstração da atemporalidade da afirmação feita pelo filho de Dona Canô: “a força da grana que ergue e destrói coisas belas.”

<sup>36</sup> A referida “Consulta e Resolução” constitui-se em típico ato composto, sendo constituído de uma exposição de razões elaboradas pelo Conselho da Fazenda, que neste caso foi datada de 27 de março de 1821, e, ainda, de uma manifestação do então Imperador, data de 12 de abril do mesmo ano, que ao final simplesmente afirmou “Como parece.”

se considera terreno de marinha, que Reis (1923, p. 312), em obra prefaciada por Augusto Tavares de Lira e aprovada, mediante Carta, por Clóvis Bevilacqua, afirma que o citado Aviso definiria “em termos precisos” o que seriam os terrenos de marinha.

Realmente a definição do instituto é precisa no Aviso de 13 de julho de 1827, assim como certa foi a alusão constante no Consulta e Resolução de 12 de abril de 1821. Entretanto, em nenhum destes normativos foi usada a expressão literal “terrenos de marinha”, o que conduz à conclusão de que foi o Aviso de 7 de julho de 1829 o primeiro a se referir expressamente à designação “terrenos de marinha”.

Além de ser a primeira disposição normativa<sup>37</sup> a mencionar expressamente a designação “terrenos de marinha”<sup>38</sup>, o Aviso de 7 de julho de 1829 tem outros dois significados históricos.

O primeiro deles é que se chancela aqui a conclusão de que os terrenos de marinha são “cariocas”, tal como cogitado por Diógenes Gasparini (2009, p. 936)<sup>39</sup>, uma vez que o objeto do citado Aviso foi o trato de determinadas construções que se localizavam na Praia Formosa e Sacco de São Diogo, no Rio de Janeiro. ‘

Além disso, o citado Aviso também termina por apartar definitivamente os terrenos de marinha das praias marítimas, colocando-os como categorias distintas de bens públicos<sup>40</sup>. A essa conclusão se chega a partir da leitura de trecho do citado instrumento, quando Sua Majestade o Imperador mandou “desfazer, no prazo de oito dias, quaisquer muros ou cercados com que tenham obstruído as praias e terrenos de Marinha.” É a partir desse Aviso que os

---

<sup>37</sup> Não se cogite afirmar que, por se tratar de “Aviso”, não se estaria diante de disposição normativa, ou seja, uma norma primária tal como hoje é admitida e que é capaz de restringir direitos e criar obrigações. Isso se afirma em razão de que o ordenamento jurídico de então não se assemelhava com o atualmente vigente, sendo o Aviso o instrumento normativo por meio do qual o Soberano expedia as normas de sua competência. Para ilustrar o caráter normativo dos Avisos Imperiais, foi por instrumentos desta natureza que importantes atribuições foram outorgadas aos Promotores de Justiça, conforme disposto nos Avisos de 20 de outubro de 1836 e de 16 de janeiro de 1838 (MARANHÃO, 2004, p. 83), e que foram aprovados os Estatutos do Instituto dos Advogados Brasileiros (Aviso de 7 de agosto de 1843), entidade que deu origem à atual Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

<sup>38</sup> Essa circunstância enseja mais uma ressalva a muito do que se escreveu sobre o tema. Há diversos registros em artigos, dissertações e obras doutrinárias no sentido de que a Lei Orçamentária de 15 de novembro de 1831 teria sido a primeira disposição normativa a mencionar a designação “terrenos de marinha”. Isto, como se viu, é uma afirmação equivocada.

<sup>39</sup> Pode-se até afirmar que os terrenos de marinha não só “nasceram”, mas também que tiveram sua “infância e juventude” no Rio de Janeiro. Quase a totalidade dos instrumentos normativos referenciados neste trabalho se referiram a questões verificadas naquela cidade. A propósito do tema, tem especial relevância o disposto no art. 1.º das Instruções de 14 de novembro de 1832, que regulamentaram a aplicação da Lei de 15 de novembro de 1831. O referido artigo menciona que o objeto das Instruções é a demarcação “no termo desta Cidade”, que era o Rio de Janeiro. Mais à frente, o artigo 15 das mesmas Instruções determina que o disposto naquela norma fosse aplicado também nas demais cidades e vilas litorâneas do Império.

<sup>40</sup> A confusão entre praias e terrenos de marinha, celeuma que ainda hoje se verifica, era recorrente nos instrumentos normativos que disciplinavam as marinhas. Referencie-se, a propósito, as ordens Régias de 21 de outubro de 1710, de 7 de maio de 1725 e de 10 de dezembro de 1726, em que as marinhas são apontadas como espaços que se encontram compreendidos nas faixas de praias.

terrenos de marinha passam a ser tratados como bens distintos das praias, e nestas compreendidos<sup>41</sup>.

A Lei Orçamentária de 15 de novembro de 1831, mesmo sem ser o primeiro diploma a mencionar a expressão “terrenos de marinha”, não foi por isso menos importante para o tema. Isso em razão de que foi ela a primeira disposição legal, aprovada na forma da também primeira Constituição Brasileira<sup>42</sup>, a dispensar tratamento àqueles bens.

Além do mais, essa Lei ratificou a vocação que o referido instituto assumiu a partir do Decreto de 21 de janeiro de 1809, no sentido de se prestar como fonte de receitas públicas. É tanto que, por meio da Circular de 12 de dezembro de 1832, foi determinado aos Governadores das províncias a “maior atividade na pronta execução do Regulamento, para a medição, demarcação, e arbitramento de foro de terrenos de marinhas.”

A referida Lei, todavia, não cuidou de indicar o que se deveria considerar como terreno de marinha, providência de que somente o seu Regulamento tratou. Na forma do art. 102, XII, da Constituição de 1824, incumbia ao Poder Executivo baixar instruções “adequados à boa execução das leis”. E com propósito de regulamentar o disposto da Lei de 15 de novembro de 1831, foram aprovadas pelo Presidente do Tesouro Público Nacional as Instruções de 14 de novembro de 1832, também conhecidas como “Instrução n.º 348,”<sup>43</sup> que se constituíram na primeira regulamentação do processo de demarcação dos terrenos de marinha.

Após fixar a competência para realização da atividade demarcatória, as Instruções de 14 de novembro de 1832 dividiram os terrenos de marinhas em três categorias: os reservados aos logradouros, os ocupados por particulares e os que se achavam ainda devolutos. Em seguida, afirmaram que a referida atividade seria realizada com o auxílio de um Engenheiro e de um “medidor”<sup>44</sup>.

Das questões tratadas em tais Instruções, certamente a mais relevante foi a formulação da primeira definição objetiva de terreno de marinha, sendo oportuno se transcrever na íntegra o dispositivo em que ela foi apresentada:

---

<sup>41</sup> Pelo que se extrai do teor da Ordem Régia de 7 de maio de 1725, entendia-se que as marinhas se constituíam em uma parcela das praias, já que afirmava: “(...) alguns moradores, que possuem casa da banda do mar, tratando do seu acrescentamento, as avançaram tanto a ele, que totalmente deixaram as praias sem marinha (...)”. Afirmção semelhante foi feita na Ordem Régia de 10 de dezembro de 1826.

<sup>42</sup> A primeira Constituição brasileira foi outorgada em 25 de março de 1824.

<sup>43</sup> Quando baixadas as Instruções de 14 de novembro de 1832, estas não possuíam qualquer numeração de ordem, o que autoriza a afirmação de que elas não surgiram como “Instrução 348”. Tal designação passou a ser adotada por alguns autores a partir da edição, em 1875, pela Typographia Nacional, da “Colecção das Decisões do Governo do Império do Brazil”. Na página 342 da referida obra, as aludidas Instruções receberam a numeração de ordem “348”, o que ensejou a referência a esse normativo como “Instruções n.º 348”.

<sup>44</sup> A descrição da função exercida pelo tal “medidor” permite concluir que se trata de profissional que, nos dias atuais, corresponde ao topógrafo.

Art. 4.º Hão de considerar-se terrenos de marinha todos que, banhados pelas águas do mar, ou dos rios navegáveis, vão até a distância de 15 braças craveiras para a parte da terra, contadas estas desde os pontos a que chega o preamar médio.

Importante perceber que o referido dispositivo ratifica a conclusão de que os terrenos de marinha têm origem no instituto das antigas marinhas, disciplinadas nas ordenações vigentes durante os períodos colonial e do Reino Unido, uma vez que aproveita quase que integralmente a definição de marinhas apresentada no Aviso de 18 de novembro de 1818. E diga-se “quase” pois o conceito veiculado nas Instruções de 1832 amplia o que se deveria entender por terrenos de marinha, ao afirmar que também se considerariam como tais os terrenos, de mesma largura, localizados nas margens dos rios navegáveis<sup>45</sup>.

É digno de nota, ainda, o fato de que o referido dispositivo não fez qualquer menção a uma referência temporal fixa, ou seja, a um ano determinado que deveria ser utilizado como paradigma para aferição da preamar média<sup>46</sup>, diferentemente do que hoje se verifica em relação ao ano de 1831.

Merece também registro a questão alusiva às pessoas que poderiam acompanhar a atividade de demarcação, pois além de indicar os agentes públicos que deveriam assistir ao ato, afirma que seriam convidados<sup>47</sup> os já ocupantes dos terrenos ou mesmo os pretendentes daqueles “ainda devolutos”.

Por fim, no art. 11 de tais Instruções que ficou estabelecido o foro pela utilização dos terrenos de marinha, que seria devido no patamar de 2,5% (dois e meio por cento).

A inexistência de qual deveria ser a referência temporal utilizada para demarcação dos terrenos de marinha, terminou por ensejar várias dúvidas oriundas das diversas províncias do Império. Em resposta a uma delas, a Ordem de 12 de julho de 1833, destinada ao

<sup>45</sup> Atualmente, em conformidade com o disposto no art. 2.º, parágrafo único, do Decreto-lei 9.760/1946, quanto aos terrenos localizados nas margens dos rios e lagoas, estes somente são considerados terrenos de marinha quando neles se faça sentir a influência das marés, que fica caracterizada caso se verifique, em qualquer época do ano, oscilação periódica do nível das águas em pelo menos 5 (cinco) centímetros. Não havendo influência das marés, os terrenos situados nas margens de correntes lindeiras a corpos de água federais, são conceituados como terrenos marginais. Estes possuem largura de 15 metros, que devem ser medidos de forma horizontal a partir da linha média das enchentes ordinárias (art. 4.º do Decreto-lei 9.760/1946).

<sup>46</sup> Diferentemente do que afirma Lima (2002, p. 26 e p. 38), referenciando Oliveira (1966), o art. 4.º das Instruções de 14 de novembro de 1832, não faz qualquer alusão ao ano de 1831 como referência temporal. No referido trabalho chega-se inclusive a transcrever o aludido art. 4.º como se tivesse o seguinte teor: “são terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar, vão até a distância de quinze braças para a parte da terra, **contadas desde o ponto a que chega o preamar médio de 1831**”. Assinale-se que o recurso ao negrito consta no original do citado trabalho. No entanto, está incorreta a transcrição do dispositivo em referência, a qual foi inclusive reiterada na página 39 daquela mesma pesquisa. Por fim, ressalte-se que a conclusão quanto à impropriedade da transcrição somente foi aqui mencionada em razão de que, nas consultas a três repositórios, constatou-se que o art. 4.º das Instruções de 14 de novembro de 1832 realmente **não** menciona o ano de 1831.

<sup>47</sup> A expressão “convite” é ainda utilizada na legislação atualmente em vigor, conforme dispõe o art. 11 do Decreto-lei 9.760/1946.

Governador da Província de Sergipe, determinou que fosse observado o período correspondente a uma luação<sup>48-49</sup>. Significa dizer que foi determinada a adoção de uma referência temporal contemporânea à atividade de demarcação, e não um período de tempo pretérito (1831), já que não seria possível promover medições retroativas das marés correspondentes a uma luação, até pelo fato de que a província de Sergipe não dispunha dos registros de marés daquela época. E essa circunstância confirma mais ainda a tese de que as Instruções de 14 de novembro de 1832 não fizeram qualquer menção ao ano de 1831 como referência para determinação dos terrenos de marinha.

A Ordem de 12 de julho de 1833 teve relevância também por afirmar que nas ilhas<sup>50</sup> e ilhotas deveriam ser demarcados os terrenos de marinha, bem como pelo fato de ter determinado que as concessões de terrenos de marinha deveriam deixar “livres as necessárias servidões tanto do público, como de quem houver o terreno anterior”, ou seja, os imóveis alodiais.

As dúvidas antes mencionadas, com relação à referência temporal para determinação da linha de onde se deveriam medir as 15 braças, também foram objeto da Ordem de 28 de junho de 1834. A orientação contida no mencionado instrumento não foi, contudo, esclarecedora. Disse ela que “os terrenos para se considerarem, ou não, de marinhas (*sic*) se devem tomar no estado em que atualmente se acham,(...)”. Esse trecho poderia sugerir, em uma leitura descontextualizada, que se pretendia afirmar que a medição dos terrenos de marinha deveria ser feita a partir da configuração do litoral no momento da demarcação. Todavia, um pouco mais adiante a mesma Ordem determina que, para identificação dos terrenos de marinha, não se deve considerar “qualquer acréscimo natural ou industrial que tenha feito recuar o mar.”

Interpretando a aludida Ordem, Carvalho (1893, p. 35) afirma que a identificação deveria ser feita considerando “o estado em que se achassem”, ou seja, abstraindo-se os eventuais recuos do mar. Conclui Carvalho<sup>51</sup>, ainda, que esse entendimento foi passado para o

<sup>48</sup> Segundo dicionário Priberan, luação corresponde ao período compreendido entre duas luas novas consecutivas. Segundo a Wikipédia, uma luação dura em média 29 dias, 12 horas, 44 minutos e 2,9 segundos. Diz-se em média, pois ela varia de 29 dias e 4h a 29 dias e 22h, aproximadamente.

<sup>49</sup> Providência semelhante foi determinada por meio da Ordem de 21 de outubro de 1833, dirigida ao Governador da Província do Rio Grande do Sul, mas que desta feita determina que se observe, em lugar de uma luação, o período de um ano.

<sup>50</sup> A disciplina é semelhante à veiculada no art. 2.º, alínea “b”, do Decreto-lei 9.760/1946.

<sup>51</sup> Essa conclusão é controvertida. Para o caso de ocorrerem eventuais recuos do mar, seja por causas naturais ou artificiais, deveria ser considerado o estado em que “se achassem”. De outro modo, verificando-se avanços do mar, a fórmula utilizada era outra. Como já mencionado anteriormente, as Ordens de 12 de julho e de 21 de outubro de 1833 determinavam que se observasse um procedimento que levava em conta o estado do litoral no momento da atividade demarcatória, mencionando a necessidade de se promover a medida das marés de uma



disposto no art. 1.º, §1.º, alínea 2.ª, do Decreto 4.105, de 22 de fevereiro de 1868. Ou seja, para Carvalho, a referência temporal seria a da *execução* da Lei de 15 de novembro de 1831.

Depois do advento da Lei de 15 de novembro de 1831, foi o Decreto n.º 4.105/1868 que primeiro promoveu uma grande consolidação da disciplina dos terrenos de marinha. Após reafirmar a dimensão da largura desses bens (15 braças ou 33 metros), determinou que essa medida fosse tomada se levando em conta o “tempo da execução da Lei de 15 de novembro de 1831, art. 51 §14 (Instruções de 14 de Novembro de 1832 art. 4.º).”

Importante consignar que o referido Decreto não mencionou o ano de 1831 como referência temporal para o “ponto” (e não de linha, expressão que hoje é utilizada pela legislação) de onde deveriam ser contados os 33 metros. Diferente disso, afirmou que tal “ponto” se referiria “ao estado do lugar no Rio ao tempo da execução da lei de 15 de novembro de 1831”. Esta Lei, como já afirmado anteriormente, foi regulamentada pelas Instruções de 14 de novembro de 1832, expedidas por “Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, Presidente interino do Tribunal do Tesouro Público Nacional, para bem se executar a disposição da Lei de 15 de Novembro de 1831 no art. 51 § 14, (...)”. Além disso, somente em 12 de dezembro de 1832 foi expedida a Circular aos presidentes das províncias, determinando a “pronta execução do Regulamento, para a medição, demarcação, e arbitramento de foro de terrenos de marinha (...)”.

Em razão disso, mesmo com a expedição do Decreto n.º 4.105/1868, não se podia ter como certa a utilização do ano de 1831 como marco para delimitação dos terrenos de marinha, pois a execução da Lei de 15 de novembro de 1831 somente foi determinada no ano de 1832, pelas Instruções de 14 de novembro de 1832, estas denominadas pela Circular de 12 de dezembro de 1832 como “Regulamento” da referida Lei.

Com relação ao Decreto n.º 4.105/1868, deve-se registrar, por fim, que ele promoveu a distinção do que seriam os terrenos de marinha, terrenos reservados<sup>52</sup> e terrenos acrescidos<sup>53</sup>, indicando a disciplina aplicável a cada uma dessas categorias de bens.

---

lunação ou de um ano inteiro, respectivamente. Isso tudo revela a manifesta ausência de coerência e sistematização das normas que regulavam a matéria, sempre elaboradas com o propósito de conferir maior dimensão à faixa de terrenos de marinha.

<sup>52</sup> “Art. 1.º (...), §2.º São terrenos reservados para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, todos os que banhados pelas águas dos ditos rios, fora do alcance das marés, vão até a distancia de 7 braças craveiras (15,4 metros) para a parte de terra, contadas desde o ponto médio das enchentes ordinárias (Lei nº 1507 de 26 de Setembro de 1867, art. 39).”

<sup>53</sup> “São terrenos acrescidos todos os que natural ou artificialmente se tiverem formado ou formarem além do ponto determinado nos §§ 1º e 2º para a parte do mar ou das águas dos rios (Res. de Cons. de 31 de Janeiro de 1852 e Lei nº 1114 de Setembro de 1860, art. 11 § 7º).”

### **1.3. Os terrenos de marinha: da proclamação da República ao final do Estado Novo.**

Em 1891, foi promulgada uma nova Constituição, a primeira da República. No seu art. 64 dispôs aquele texto constitucional que caberia à União apenas a “porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”, sendo os demais bens, inclusive os próprios nacionais que não fossem necessários para o serviço daquele ente, repassados ao domínio dos Estados.

Em razão dessa disposição, foi suscitada controvérsia que resultou na Ação Ordinária Originária n.º 8, movida pelos Estados da Bahia e do Espírito Santo em face da União, na qual aqueles sustentavam que os terrenos de marinha estariam compreendidos nas terras devolutas e, em conformidade com o disposto no artigo acima citado, teriam sido transferidos ao domínio dos Estados com a promulgação da referida Constituição. O defensor da União, então Procurador-Geral da República Epitácio Pessoa, sustentou a tese de que os terrenos de marinha jamais estiveram compreendidos nas terras devolutas, de modo que o domínio sobre aqueles teria permanecido com a União, a despeito das disposições constantes no art. 64 da Constituição de 1891 (PESSOA, 1904, p. 35). Na Ação em referência, cujo acórdão foi datado de 31 de janeiro de 1905, os Ministros da Suprema Corte cancelaram o entendimento de que os terrenos de marinha continuavam sob o domínio da União, a despeito da disciplina contida na disposição constitucional antes referenciada, que outorgava aos Estados a propriedade das terras devolutas.

Desde o Decreto n.º 4.105/1868, diversas normas disciplinaram questões alusivas aos terrenos de marinha, notadamente com relação aos encargos decorrentes da utilização ou alienação desses bens. No entanto, após o advento da Constituição de 1891, e com relação ao objeto de que trata o presente trabalho, que tem cerne nos elementos conceituais dos terrenos de marinha (marco espacial, referência temporal de identificação e sistemática de cálculo das preamares) e no processo em que se desenvolve a atividade demarcatória, somente se mostra digno de nota o Decreto-lei n.º 24.643/1934, que estabeleceu o Código de Águas. Esse Código foi a primeira norma legal (primária) a conter a referência ao “estado do lugar no tempo da execução do art. 51, § 14, da Lei de 15/11/1831” como referência temporal da demarcação dos terrenos de marinha, que até então era mencionada apenas em norma secundária<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> A norma em questão é o Decreto n.º 4.105, de 22 de fevereiro de 1868.

O Código de Águas também foi a primeira norma republicana a conter no seu texto a definição de terrenos de marinha, que foram conceituados da seguinte forma:

Art. 13. Constituem terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, vão até 33 metros para a parte da terra, contados desde o ponto a que chega o preamar médio.

Este ponto refere-se ao estado do lugar no tempo da execução do art. 51, § 14, da lei de 15/11/1831.

Essa definição consistiu numa reprodução quase que integral da que constava no Decreto n.º 4.105/1868, excluía apenas a referência expressa às Instruções de 14 de novembro de 1832. Mas, embora tenha feito tal exclusão, o Código de Águas não mencionou, de forma direta e inequívoca, o ano de 1831 como paradigma da demarcação dos terrenos de marinha, continuando a aludir ao “tempo de execução” da Lei de 15 de novembro de 1831.

Além de conceituar os terrenos de marinha, o art. 11 do Código de Águas tratou de definir sua natureza como bem dominial (“dominical”), com a ressalva de poderem eles se caracterizar como bens de uso comum do povo, na hipótese de lhes ser dada alguma destinação dessa natureza, ou de pertencerem ao domínio particular em decorrência de “algum título legítimo”.

Já em 17 de setembro de 1938, por força do Decreto-lei n.º 710, foi reorganizada a Diretoria do Domínio da União, órgão ao qual incumbia a administração de todo o acervo imobiliário daquele ente federativo.

Outra inovação introduzida pelo citado Decreto-lei foi a regra veiculada em seu art. 5.º, que revogou as disposições constantes no art. 37, § 2º, da Lei n.º 38, de 3 de outubro de 1834, no art. 8.º, n. 3, da Lei n.º 3.848, de 20 de outubro de 1887 e, ainda, no art. 9.º, n.º 27, da Lei n.º 60, de 20 de outubro de 1838. A partir dessas alterações, passou a União a arrecadar ela própria os foros e laudêmios relativos a todos os terrenos de marinha no Distrito Federal<sup>55</sup>.

Também oportuno referenciar que o Decreto-lei n.º 710/1938, em seu artigo 10, criou a figura do imóvel “presumidamente pertencente à União”, estabelecendo que a Diretoria daquele Órgão poderia exigir dos ocupantes desses bens os documentos e títulos que comprovassem eventualmente seus direitos. Interessante registrar que essa exigência se constituía numa via de mão única, pois o art. 9.º do mesmo diploma legal dispensava a União de apresentar administrativamente os documentos dos imóveis de que se afirmava titular. Assim, a mera afirmação de que o bem se caracterizaria como um daqueles relacionados no

---

<sup>55</sup> Que não se estranhe a referência à existência de terrenos de marinha no Distrito Federal, uma vez que, não custa lembrar, a Capital Federal, posteriormente transformada no Estado da Guanabara, localizava-se no Rio de Janeiro.

art. 1.º do citado Decreto-lei, seria suficiente para firmar a presunção aludida no art. 10. Essa disposição legal é exemplo de como foi construída, no período de exceção denominado “Estado Novo”, a “presunção de legitimidade” como atributo dos atos administrativos.

Outra questão relevante que foi tratada no Decreto-lei n.º 710/1938, desta feita em seu art. 12, quando estabelecida a obrigatoriedade de “citação da Diretoria do Domínio da União em todas as ações de usucapião, bem como dos representantes do Estado ou do Distrito Federal, sob pena de nulidade do processo”<sup>56</sup>. Além da nulidade estabelecida para futuras sentenças, o §3.º do mesmo artigo criou uma hipótese de flexibilização da coisa julgada, ao facultar o direito de recurso contra sentenças já proferidas, podendo a União interpor apelação perante o Supremo Tribunal Federal no prazo de 10 (dez) anos, contados da intimação que por ventura viesse a ser promovida por iniciativa da parte interessada.

Dois anos mais tarde, o Decreto-lei n.º 2.490, de 16 de agosto de 1940 introduziu significativa, porém efêmera, modificação na dimensão da faixa de terras considerada como terrenos de marinha, ampliando-a de 33,00m para 38,00m. Além disso, foi este o primeiro instrumento normativo a fazer inequívoca alusão ao ano de 1831<sup>57</sup> como referência temporal para a medição da linha que corresponde à média das preamares.

Acerca dessas questões, dizia o seguinte o art. 3.º do citado Decreto-lei:

Art. 3º. A União não reconhece e tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio dos terrenos de marinha, assim considerados os que, banhados pelas águas do mar e pelas dos rios e lagoas até onde alcance a influência das marés, vão até à distância de 38 metros<sup>58</sup> para a parte da terra, medidos do ponto a que chegava o preamar médio em 1831.

Mais que isso, o Decreto-lei n.º 2.490/1940 introduziu no ordenamento jurídico uma regra que ainda hoje é recorrentemente reproduzida tal como um dogma, que consiste na desconsideração de quaisquer pretensões sobre terrenos de marinha, tomando-se por insubsistentes os documentos e títulos de particulares sobre bens daquela espécie.

A ideia de que “os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União”, consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça no verbete da Súmula 496, foi inaugurada a partir dessa norma (Decreto-lei n.º 2.490/1940)

<sup>56</sup> Essa regra se encontra hoje reproduzida no art. 943 do Código de Processo Civil de 1973, com alguns ajustes redacionais.

<sup>57</sup> Conforme mencionado anteriormente neste trabalho, os instrumentos normativos anteriores (Decreto n.º 4.105/1868 e Decreto-lei n.º 24.643/1934) faziam alusão ao tempo de execução da Lei de 15 de novembro de 1831, a qual, como se sabe, somente foi regulamentada pelas Instruções de 14 de novembro de 1832.

<sup>58</sup> Nem se cogite afirmar se tratar de erro de grafia. Os três repositórios de legislação consultados (Senado, Câmara e Planalto) contêm idêntica redação. Além disso, nenhum diploma legal posterior fez qualquer referência à correção de qualquer impropriedade redacional.

outorgada durante a vigência de uma Constituição não comprometida com os valores democráticos, tanto que foi igualmente outorgada em um período de exceção designado de “Estado Novo”.

E essa regra, aliás, rompeu a disciplina antes estabelecida no art. 11 do Código de Águas de 1934, no sentido de se reconhecer os direitos que particulares tivessem sobre terrenos de marinha, desde que fundados em títulos legítimos.

Posteriormente, com a edição do Decreto-lei n.º 3.438, de 14 de julho de 1941, que “esclareceu e ampliou” o Decreto-lei n.º 2.490/1940, os terrenos de marinha voltaram a ser medidos em uma profundidade de 33 metros em relação à LPM/1831. Também reafirmou<sup>59</sup> a existência de terrenos de marinha no contorno das ilhas, tendo, ainda, disciplinado a questão relativa à “influência das marés”, ao determinar que esta se caracterizaria com a oscilação “de cinco centímetros”<sup>60</sup> do nível das águas em qualquer época do ano.

Foi também o Decreto-lei n.º 3.438/1941 que primeiro estabeleceu, em ato normativo primário, uma disciplina do processo de determinação da Linha de Preamar Médio de 1831. Em razão da importância dessa questão para o tema, cabe transcrever integralmente o art. 29 do mencionado Diploma:

Art. 29. É da exclusiva e privativa competência da Diretoria do Domínio da União a determinação da posição da linha do preamar médio de 1831.

§ 1º A determinação será feita onde se torne necessária à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável relativos a esse ano, ou, quando não obtidos, da época que do mesmo mais se aproxime.

§ 2º Para a realização do trabalho, o Serviço Regional convidará os interessados, certos e incertos, por meio de edital, para que no prazo de 30 dias, a partir da última publicação, ofereçam a estudo, se assim lhes convier, plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes à natureza do terreno, confrontações e característicos.

O edital indicará o lugar em que o terreno se encontra, e será publicado por três vezes, com intervalos não superiores a 10 dias, pela imprensa oficial do Estado ou, não havendo, pelo órgão que lhe publicar o expediente, ou no Diário Oficial, se se tratar de terreno situado no Distrito Federal.

§ 3º De posse desses e outros documentos, que se esforçará por obter, o chefe do Serviço Regional determinará a posição da linha.

A seguir, por edital publicado uma só vez, na forma do parágrafo anterior, dará aos interessados ciência do seu ato e assinar-lhes-á o prazo de 15 dias para impugnações.

§ 4º Tomando conhecimento das impugnações porventura havidas, o chefe do Serviço Regional proferirá a sua decisão recorrendo ex-officio para o diretor da Diretoria, sem prejuízo do recurso que o interessado poderá interpor concomitantemente.

Se não houver impugnação, o chefe do Serviço submeterá seu ato à aprovação daquele diretor.

<sup>59</sup> A afirmação original constou na Ordem de 12 de julho de 1833.

<sup>60</sup> Não houve aqui impropriedade ao se mencionar a expressão “de cinco centímetros”, em vez de “pelo menos cinco centímetros”. Essa impropriedade de redação foi cometida efetivamente pelo Decreto-lei n.º 3.438/1941, sendo simplesmente reproduzida na presente obra. É certo, contudo, que também seria considerada influência de maré a oscilação superior a 5 centímetros.

§ 5º Sempre que pela determinação da posição da linha se verificar que há terreno de marinha na posse do confrontante, o chefe do Serviço Regional fa-lo-á notificar, por carta, ou por edital, para que, no prazo de 90 dias, a contar da notificação, desocupe o terreno ou requeira o seu aforamento, sob pena de perda automática da preferência ao mesmo, passando, de então por diante, a pagar taxa de ocupação até que o aforamento se verifique em concorrência pública.

A disciplina introduzida pelo Decreto-lei n.º 3.438/1941 teve vida curta. Já em 21 de fevereiro de 1942, por força do Decreto-lei n.º 4.120, foi significativamente modificado o conceito de terreno de marinha, bem como seu processo de demarcação. Embora mantidos os 33,00 metros como medida da faixa de terrenos de marinha, estes passaram a ser contados a partir da linha da preamar máxima, e não mais da média das preamares. Além disso, e o que é mais importante, o marco temporal passou a ser a preamar atual, abandonando-se a referência ao ano de 1831.

Outra modificação introduzida pelo Decreto-lei n.º 4.120/1942 foi quanto à sistemática de localização da linha preamar, ficando ali determinado que esta se basearia em análise harmônica de longo período (observações contínuas de 370 dias) ou, na falta destas, a partir de análise de curto período (30 dias consecutivos). A relevância dessa prescrição foi o estabelecimento, em diploma legal, de uma metodologia objetiva e que, por conseguinte, outorgava rigor científico à atividade demarcatória desenvolvida pela Diretoria do Domínio da União.

O Decreto-lei n.º 4.120/1942 também determinou que as leituras das marés utilizadas para determinação da linha de preamar atual, fossem realizadas pelo Departamento Nacional de Portos e Navegação ou pela Diretoria de navegação do Ministério da Marinha. E cabe o registro de que, embora essa alteração possa parecer menos importante, na verdade se prestou a conferir maior segurança ao processo de determinação da linha preamar (“máxima atual”), pois passou a se exigir da então Diretoria do Domínio da União a observância de parâmetros fixados em documentos elaborados por outros órgãos públicos.

Essa nova sistemática permitia maior transparência ao processo de demarcação dos terrenos de marinha, na medida em que viabilizou a quaisquer interessados o prévio acesso ao método estabelecido como regramento para essa atividade, que seria a partir de então veiculado em lei, e não em mero ato regulamentar, como se verifica no presente<sup>61</sup>.

Além disso, afastou-se a aparente discricionariedade na eventual escolha dos “documentos e plantas de autenticidade irrecusável” que deveriam subsidiar a determinação

---

<sup>61</sup> A regulamentação da atividade de demarcação é objeto da Instrução Normativa SPU n.º 2, de 12 de março de 2001, bem como Orientação Normativa GEADE n.º 002, também de 12 de março de 2001, ambas expedidas pela Secretaria do Patrimônio da União.

da posição da linha de preamar, prescrevendo-se a utilização do acervo de documentos constantes em bases de dados públicas e, por conta disso, suscetíveis de auditoria e exame pelas pessoas em relação às quais a atividade demarcatória pudesse determinar alguma repercussão negativa.

#### **1.4. Os terrenos de marinha: de 1946 até os dias atuais.**

Um novo conceito de terreno de marinha e, em consequência, também um novo processo de demarcação desses bens foram introduzidos no ordenamento jurídico em 5 de setembro de 1946, quando o então Presidente Dutra expediu o Decreto-lei n.º 9.760, diploma que promoveu a consolidação da legislação patrimonial da União.

O citado Decreto-lei foi certamente, e ainda é (com pontuais alterações e revogações, por óbvio), a norma mais ampla sobre o tema, possuindo 218 (duzentos e dezoito) artigos em sua redação original. Nele constam os conceitos dos bens que integram o acervo imobiliário federal, bem como extenso regramento destinado a disciplinar a identificação e administração dos bens dominiais e dos próprios nacionais.

Com relação aos terrenos de marinha, o art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946 estabeleceu o conceito que ainda hoje se encontra vigente, tendo esses bens sido definidos da seguinte maneira:

Art. 2.º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

O Decreto-lei n.º 9.760/1946 restaurou, como se vê, o conceito de terreno de marinha vigente até antes do Decreto-lei n.º 4.120/1942, voltando a adotar a linha correspondente à média (e não mais à máxima) das preamares do ano de 1831 como termo inicial da medição daqueles bens.

Foi feito, ainda, o necessário esclarecimento de que esses terrenos são medidos horizontalmente, o que significar dizer que eventuais diferenças de nível na topografia da área a ser demarcada deveriam ser desconsideradas na mediação da faixa de terrenos de marinha.

Para ilustrar a importância dessa explicação, imagine-se a determinação da LPM/1831 em áreas de falésia. Nesses espaços, caso a medição dos 33 metros se iniciasse onde termina o mar (que é na base da falésia), e não fosse ela feita de forma horizontal, a faixa de terrenos de marinha seria significativamente diminuída, pois a contagem iniciada na base, e que se seguiria em direção à borda (extremidade da parte superior), consideraria toda a altura da falésia.

No que concerne ao processo de demarcação dos terrenos de marinha, a disciplina dessa questão constou nos arts. de 9.º a 14 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, dispositivos cuja redação original segue abaixo:

Art. 9º É da competência do Serviço do Patrimônio da União (S.P.U.) a determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias.

Art. 10. A determinação será feita à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável, relativos àquele ano, ou, quando não obtidos, a época que do mesmo se aproxime.

Art. 11. Para a realização do trabalho, o S. P. U. convidará os interessados, certos e incertos, pessoalmente ou por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo, se assim lhes convier, plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando.

Art. 12. O edital será afixado na repartição arrecadadora da Fazenda Nacional na localidade, e publicado por 3 (três) vezes, com intervalos não superiores a 10 (dez) dias, no Diário Oficial, se se tratar de terrenos situados no Distrito Federal, ou na folha que nos Estados ou Territórios lhes publicar o expediente.

Art. 13. De posse desses e outros documentos, que se esforçará por obter, e após a realização dos trabalhos topográficos que se fizerem necessários, o Chefe do órgão local do S. P. U. determinará a posição da linha em despacho de que, por edital com o prazo de 10 (dez) dias, dará ciência aos interessados para oferecimento de quaisquer impugnações.

Parágrafo único. Tomando conhecimento das impugnações porventura apresentadas, a autoridade a que se refere este artigo reexaminará o assunto, e, se confirmar a sua decisão, recorrerá *ex-officio* para o Diretor do S. P. U., sem prejuízo do recurso da parte interessada.

Art. 14. Da decisão proferida pelo Diretor do S. P. U. será dado conhecimento aos interessados, que, no prazo improrrogável de 20 (vinte) dias contados de sua ciência, poderão interpor recurso para o C. T. U.

É de fácil constatação que o Decreto-lei n.º 9.760/1946 reproduziu quase que integralmente as disposições constantes no Decreto-lei n.º 3.438/1941. Houve divergências apenas com relação ao prazo do edital publicado após a determinação da posição da LPM/1831, ficando estabelecido na disciplina mais recente o período de 10 dias (e não mais 15) para ciência por parte dos interessados e para formulação de eventuais impugnações, bem como a hipótese de o convite destinado aos interessados em contribuir para os estudos com plantas e documentos, ser formulado “pessoalmente ou por edital” (e não apenas por edital).



Quanto esta última alteração, no tocante à forma de “convite” aos interessados, convém ressaltar que o texto original do art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946 foi alterado por força da Lei n.º 11.481, de 31 de maio de 2007, resultante da conversão da Medida Provisória (MP) n.º 335, de 23/12/2006, passando aquele dispositivo a ter a seguinte redação:

Art. 11. Para a realização da demarcação, a SPU convidará os interessados, por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

Nada obstante, em decorrência do deferimento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4264-MC/PE, foi reconhecido que a atual redação do dispositivo legal viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. A citada decisão estabeleceu como necessária a intimação pessoal dos interessados, ficando afastada a comunicação editalícia como regra geral.

Em razão da restauração da disciplina constante originariamente no Decreto-lei n.º 9.760/1946 quanto à forma de “convite”, a única alteração legislativa ao processo de demarcação verificada desde a expedição do referido diploma, foi o acréscimo do parágrafo único ao art. 12, ficando ali estabelecida a obrigação de publicação, em jornal de grande circulação local, do edital para chamamento dos interessados em contribuir com documentos, plantas ou esclarecimentos.

Mas o registro final da trajetória normativa do instituto em análise é, certamente, o mais importante. Trata-se, pois, da expressa menção, no texto constitucional, dos terrenos de marinha como bens integrantes do patrimônio imobiliário da União, o que representou uma inovação da Constituição de 1988, já que as anteriores nada mencionavam a respeito do tema.

Embora a ausência de reflexão sobre esse evento possa conduzir à suposição de ser ele desimportante, dele advieram relevantes consequências para o tema.

A primeira dessas, quiçá a mais óbvia, é a de que devem ser tidas por não recepcionadas quaisquer disposições normativas em que se veicule a atribuição, a outros entes da Federação ou mesmo a particulares, de qualquer parcela do domínio sobre essa categoria de bens. Essa conclusão mais se evidencia pela absoluta ausência de ressalva à declaração, em favor da União, de domínio sobre eles.

Note-se que a relevância do silêncio quanto a ressalvas é revelada pela interpretação, *a contrario sensu*, de todos os incisos do art. 26 da Constituição de 1988, que atribuem bens aos Estados. Em tais dispositivos, há explícita referência ao fato de que, das categorias de bens ali mencionadas, deveriam ser excluídos aqueles que por ventura pertencessem à União.

É de se admitir, então, que existam terras devolutas que pertençam à União<sup>62</sup>, do mesmo modo que há “ilhas oceânicas e costeiras” que pertencem à “União, Municípios ou terceiros”, e não aos Estados, pois essas hipóteses decorrem da existência de expressas ressalvas no texto constitucional, a teor do disposto no art. 26, II da Constituição de 1988.

Entretanto, como a disposição constante no art. 20, VII, da CB/1988 não contém qualquer reserva ou condicionante, seja em relação a outros entes da Federação ou a terceiros (inclusive particulares), há de se concluir, forçosamente, que todos os terrenos de marinha, quando do advento da promulgação da Lei Maior, e com fundamento no terminante decreto consignado naquele dispositivo (art. 20, VII, da CB/1988), integram o acervo imobiliário da União.

É oportuno registrar que é essa conclusão que confere lastro ao teor do verbete da já mencionada Súmula 496 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve que “Os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União.” Isso em razão de que, estando a propriedade da União sobre os terrenos de marinha alicerçada no próprio texto da Constituição de 1988 (art. 20, VII)<sup>63</sup>, nenhum outro título pode se sobrepor a este. Por conseguinte, ainda que se admitisse a legitimidade e boa-fé de títulos (mesmo públicos e devidamente transcritos) que por ventura pudessem favorecer algum particular, estes não teriam o condão de subtrair da União o domínio que a esta foi outorgado peremptoriamente pelo texto constitucional.

De outro modo, o que se pode admitir (e apenas isto) é que esses títulos se prestem a conferir a preferência à concessão do aforamento, nas hipóteses (do) e em conformidade com o disposto no art. 105, §1.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

É bem verdade que se poderia considerar não ter sido feliz o Poder Constituinte<sup>64</sup> ao optar por não reconhecer quaisquer pretensões de outros entes ou de terceiros sobre os terrenos de marinha. De fato que, do ponto de vista ideológico, a reprovação dessa opção é defensável. Como argumento para essa crítica se poderia invocar o fato de que a opção do

---

<sup>62</sup> Desde que “indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei”, consoante prescreve o art. 20, II, da CB/1988.

<sup>63</sup> Embora, como já dito anteriormente, a Constituição de 1988 seja apenas o título formal, pois a propriedade foi adquirida originariamente, desde quando “assumida” a posse das terras a que fazia menção o Tratado de Tordesilhas.

<sup>64</sup> O “poder constituinte” é aqui mencionado na acepção descrita pelo ilustre Magistrado e Professor Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 119), como aquele manifestado pelo povo, por meio de seus representantes, reunido em Assembléia Constituinte. É ele, pois, distinto do poder reformador e do poder constituinte dos Estados-membros, que são exercidos na forma de emendas e da elaboração das constituições estaduais, respectivamente. Por essa razão, seria desnecessário, pois redundante, qualificar-se o Poder Constituinte como “originário”. Cf. (Moreira, 2012, p. 30).

legislador ordinário<sup>65</sup>, de não reconhecer títulos existentes em relação aos terrenos de marinha, foi firmada ainda em um período de exceção, em que era vigente a Constituição do Estado Novo<sup>66</sup>. A propósito, o já mencionado art. 105, §1.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946 reproduziu a mesma disciplina introduzida pelo art. 3.º do Decreto-lei 2.490/1940, este que rompeu com a regra do art. 11 do Código de Águas de 1934, a qual expressamente reconhecia direitos dos particulares sobre terrenos de marinha, desde que fundados em títulos legítimos.

Considerando, então, que a disciplina decretada em 1940 não ostentava o caráter de legitimidade que sempre se almeja dos provimentos estatais, seria razoável e até desejável que a Constituição de 1988, a qual reapresentou o Estado à experiência democrática, dispensasse outro tratamento aos eventuais possuidores de títulos legítimos que se referissem aos terrenos de marinha. Contudo, é fato que não foi esse o desígnio do Poder Constituinte.

Por conseguinte, embora se admita a discordância no campo das idéias, não se pode cogitar a não juridicidade da escolha consubstanciada no texto do art. 20, VII, da CB/1988, em razão de que, consoante jurisprudência pacífica no âmbito do Pretório Excelso<sup>67</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>68</sup>, não se pode invocar direito adquirido contra expressa disposição do texto constitucional original, conclusão que decorre do aspecto ilimitado e incondicionado do Poder Constituinte.

Disso resulta que quaisquer pretensões de direitos sobre os terrenos de marinha ficaram, com a promulgação da Constituição de 1988, destituídas de fundamento juridicamente defensável.

Também como consequência da disciplina constitucional em vigor, deve-se apontar a impossibilidade de que norma de quilate inferior à Constituição venha a excluir o domínio da União sobre os terrenos de marinha.

Refeito o percurso histórico-normativo dos terrenos de marinha, iniciando-se antes mesmo do descobrimento do Brasil, com o Tratado de Tordesilhas, passando-se pela Carta de Doação de 1534, pelo Decreto de 21 de janeiro de 1809, pelos Avisos de 18 de novembro de

---

<sup>65</sup> Foi o Decreto-lei n.º 2.490/1940 a norma legal que inaugurou o entendimento de que os títulos de propriedade sobre terrenos de marinha, ainda que legítimos, não podem ser opostos à União.

<sup>66</sup> A própria arquitetura dos textos constitucionais denota a distinção quanto ao grau de relevância conferida aos direitos fundamentais pela Carta de 1937 e pela Constituição de 1988. Na primeira, os direitos e garantias fundamentais foram dispostos a partir do art. 112, depois, portanto, das regras de organização do Estado. Situação bem diversa se verifica na atual Constituição, em que o Constituinte afirma o prestígio de que gozam os direitos fundamentais desde os primeiros artigos do texto constitucional.

<sup>67</sup> Acerca da matéria: 1) RE 157538, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 22/06/1993, DJ 27/08/1993; 2) AI 134271 AgR, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 11/02/1992, DJ 20/03/1992.

<sup>68</sup> No mesmo sentido: 1) AgRg no RMS 31636/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 16/09/2013.

1818 e de 7 de julho de 1829, pela Lei de 15 de novembro de 1831, há de se concluir que o conceito legal de terreno de marinha que atualmente subsiste é aquele esculpido no art. 2.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946. E em decorrência da referência constitucional aos terrenos de marinha, tem-se que é própria Lei Maior o “título de propriedade” que favorece a União, embora se deva asseverar que a efetiva aquisição desses bens decorreu, como já mencionado, da tomada de posse das terras brasileiras pela coroa portuguesa. Trata-se, portanto, de aquisição originária<sup>69</sup>, pois os terrenos de marinha, tal como conceituados no Decreto-lei n.º 9.760/1946, jamais deixaram de pertencer à União, ou Entes por ela sucedidos, no caso a Coroa Portuguesa e o Império Brasileiro.

### **1.5. Lezírias ou marinhas: qual instituto deu origem aos terrenos de marinha?**

Como se percebeu, na narrativa apresentada neste trabalho, sustentou-se que das marinhas (ou marinhas de sal) se originou o instituto dos terrenos de marinha. Contudo, essa questão ainda se encontra controvertida dentre aqueles que escrevem sobre o tema, pois alguns afirmam que os terrenos de marinha tiveram nas lezírias portuguesas o instituto que lhe emprestou os fundamentos. Esse entendimento, no entanto, não é procedente, conforme se demonstrará a seguir.

Sobre a origem dos terrenos de marinha, já em 1893 Carvalho (1893, p. 32) afirmava que estes derivaram das marinhas, sendo oportuno transcrever o trecho de sua obra do qual se extrai essa conclusão:

c) - A antiga marinha da Cidade.

Antes de regulada, como fez a legislação moderna, essa parte do domínio do Estado, conhecida pelo nome de marinhas, prestou-se a toda a sorte de invasões, que, toleradas e depois legalizadas, converteram-se em domínio particular, pleno ou menos pleno.

A associação da origem dos terrenos de marinha às marinhas também foi feita por Aarão Reis (1923, p. 312), conforme se extrai da transcrição que se segue:

Em relação ao Brasil, data de 1678 a mais remota deliberação formal tomada e expedida — a respeito dos terrenos de marinha e acrescidos da cidade do Rio de

---

<sup>69</sup> Sobre o aspecto originário da aquisição dos terrenos de marinha, este decorre de não ter havido sucessão do proprietário anterior, e não por inexistir título. Título de propriedade havia, embora questionado, estando consubstanciado no Tratado de Tordesilhas celebrado em 1494, conforme anteriormente referido. E quanto a haver proprietários anteriores à chegada da esquadra de Cabral, estes existiam e eram muitos. Segundo dados da Fundação Nacional do Índio - FUNAI (2015), estima-se que, por ocasião do descobrimento, a população nativa brasileira girasse em torno de 3.000.000 (três milhões) de índios.

Janeiro — pela Ordem Régia de 4 de dezembro, que, expressa e terminantemente, estipulava serem — estes mangues de minha propriedade (falava ElRey, representante nato, então, da coletividade nacional), por nascerem em salgado onde o mar só chega com a enchente.

À deliberação tal seguiram-se vários Avisos explicativos, confirmando, todos, o mesmo princípio, e são: - o de 18 de novembro de 1818, determinando serem sempre reservados, da linha d'água para dentro, 15 braças pela borda do mar; - o de 29 de abril de 1826, já do Império, esclarecendo dever de ser contada à distancia de 15 braças do bater do mar nas marés-vivas, e frisando o que se chama, propriamente, marinhas; - o de 13 de julho de 1827, definindo, em termos precisos, terreno de marinhas o que se compreende em 15 braças de terreno contadas do ponto onde chega a maré nas maiores enchentes.

Themístocles Cavalcanti (1950, p. 104) também relaciona a origem dos terrenos de marinha à legislação das marinhas:

Toda a nossa legislação, como veremos, desde as nossas primeiras leis, alvarás e decretos sobre as marinhas, até os decretos-leis mais recentes, sempre teve como base para demarcação da faixa de terrenos de marinha, a linha do preamar médio, fixado este pela influência das marés, em certas e determinadas épocas.

Mas além dos testemunhos de Carvalho, Aarão Reis e Themístocles Cavalcanti, há muitos outros argumentos que confirmam esse entendimento.

Segundo o dicionário Léxico<sup>70-71</sup>, lezíria significa “terreno alagadiço, na margem dos rios. Margens, que os rios alagam na enchente”.

O dicionário Priberan<sup>72</sup> apresenta três definições possíveis para a palavra lezíria. A primeira delas, tal como o Léxico, afirma que lezíria seria o “terreno alagadiço nas margens de um rio”. Como segundo significado, afirma que pode ser tomado como ínsua<sup>73</sup>, que tanto pode ser uma “ilha formada numa foz ou por um rio” ou um “terreno marginal de rio”. O último significado apresentado para lezíria é o que afirma que se trata de uma “Ilhota de nateiros<sup>74</sup>”, significando esta última expressão “lodo fertilizador formado pela água das chuvas e detritos” ou “lodo depositado pelos rios quando se espriam com as grandes cheias”.

Analisando-se todos os significados possíveis para a palavra lezíria, nos quais sequer se cogita a referência ao mar ou à água salgada, constata-se que o traço característico daquele instituto é sua relação com os rios, em especial com as áreas que margeiam tal espécie de corpo de d'água e que estão sujeitas a alagamentos.

<sup>70</sup> <http://www.lexico.pt/leziria/>

<sup>71</sup> Importante consignar que os dicionários acima são do português de Portugal, informação que se mostra relevante na medida em que, embora a língua tenha a mesma matriz semântica, há várias palavras que apresentam significados diferentes em Portugal e no Brasil.

<sup>72</sup> <http://www.priberam.pt/dlpo/lez%C3%ADria>

<sup>73</sup> <http://www.priberam.pt/dlpo/%C3%8Dnsua>

<sup>74</sup> <http://www.priberam.pt/dlpo/nateiros>

A propósito do tema, Beirante (1998, p. 773) afirma que a palavra *lezírias* é de origem árabe, significando “terras que o rio arrasta e se depositam nas margens”. Madaleno (2006, p. 2) também promove a associação das *lezírias* com os rios, ao afirmar que “são porções de sedimentos fluviais que emergem pouco acima do nível médio das águas do mar e cuja fertilidade as eleve como as preferidas tanto pelos homens como pelas aves migratórias.”

Mas essa relação não é ressaltada somente de agora, sendo observada desde 1823 por Alberto Carlos de Menezes (1923, p. 83 e 131), Desembargador da relação do Porto, como se observa nos trechos de sua obra a seguir transcritos:

Os bens da Coroa são (...) as terras criadas pelos rios navegáveis, como são *ínsuas*, *lezírias*, *mouchões*, *acrescidos* de inundações; (...) As *lezírias* são terras criadas ao longo do Tejo, ou dentro do seu álveo, separadas de outras *lezírias*, ou juntas a outras *lezírias* já antigas da Casa Real; no Rio Mondego chamam-se *ínsuas* essas terras baixas, *alagadiças*, *cortadas* de braços, e *alvcercas*, ou *escavações* dos rios, e suas inundações; são terras, praias, cabeças de áreas criadas nos álveos, e ao longo do Tejo, chamados *mouchões*, assim como o *mouchão* dos Coelhos, *mouchão* do Inglês, *mouchão* de Alfange, e outros de que falo no meu Tratado do melhoramento da Agricultura: todos estes terrenos criados de novo são bens da Coroa, como sabiamente lhes chama este Regimento<sup>75</sup>;

É preciso reconhecer que, a despeito dessa associação com o regime das cheias dos rios, há possibilidade de que nas *lezírias* se verifique também a influência das marés, como se extrai do trecho do Relatório de Sustentabilidade de 2010, da Companhia das *Lezírias* S/A<sup>76</sup>:

Enquanto os terrenos da *Lezíria* Norte (66 km<sup>2</sup>) são ligeiros e de origem exclusivamente fluvial, os da *Lezíria* Sul (68 km<sup>2</sup>) são constituídos em parte por areias de origem marinha, estão sujeitos às marés e sofrem de forte salinização, apenas mitigada pela água das chuvas e das regas. No perímetro do estuário, existem extensas áreas de sapal de grande valor para a conservação da Natureza.

Contudo, embora se admita que o alagamento das *lezírias* possa se verificar também por influência das marés, essa circunstância não é essencial à caracterização da *lezíria*. Em outros termos: a influência das marés é ocorrência casual, não obrigatória, de modo que um ecossistema ser ou não qualificado como *lezíria* independe do contato com a água salgada. Na verdade, o que se constitui componente elementar para a caracterização das *lezírias* é sua relação com os rios, suas margens e áreas *alagadiças*.

<sup>75</sup> O regimento de que fala Menezes é o Regimento das *Lezírias* e dos *Pauis*, de 4 de fevereiro de 1577.

<sup>76</sup> A Companhia das *Lezírias* é uma sociedade anônima portuguesa, com capital predominantemente público, que se destina à exploração agropecuária e florestal em Portugal, na região das *Lezíria* de Vila Franca de Xira, Charneca do Infantado, Catapereiro e os *Pauis* (Magos, Belmonte e Lavouras). A referida Companhia existe há aproximadamente 185 anos.

Diferentemente disso, em relação às marinhas, o contato com a água salgada é tão elementar que beira obviedade, já que, consoante afirma Micael (2011, p. 13), a expressão “marinhas” corresponde à terminologia utilizada na documentação da Baixa Idade Média para designar o local de produção de sal, o que explica as diversas referências a esses espaços como “marinhas de sal”. (BASTOS, 2009, p. 27; VENTURA, 2007, p. 82).

Essa conclusão mais ainda confirma o entendimento de que as marinhas emprestaram suas origens aos terrenos de marinha, uma vez que, também quanto a estes, o contato com a água salgada é um elemento característico essencial, sobretudo para aqueles situados nas margens dos rios<sup>77</sup>. Neste sentido, conveniente se recorrer mais uma vez ao que leciona Themístocles Cavalcanti sobre o tema:

Os terrenos de marinha são aqueles que a lei define como tal. Compreenderão, portanto, as faixas territoriais definidas e delimitadas pela lei.  
A sua noção está, entretanto, ligada à orla litorânea como à ação das marés, isto é, à penetração das águas do mar nas praias e no litoral, compreendidas aquelas terras banhadas pelas águas salgadas nas fozes dos rios.

Além da dessemelhança quanto às características físicas essenciais das lezírias e das marinhas, a questão da cronologia normativa também evidencia a ausência de pontos em comum nos regimes jurídicos desses dois institutos, já que coexistiram por quase trezentos anos, até quando pela primeira vez foi mencionada a expressão “terrenos de marinha” em 1829.

Como registrado neste trabalho, já em 1534 a expressão “marinhas” constou na Carta de Doação da Capitania de Pernambuco, passada por Dom João III em favor de Duarte Coelho. Todavia, embora existam registros de concessões de lezírias que antecedem o século XVI, o “Regimento das Lezírias<sup>78</sup> e dos Pauis” somente foi expedido pelo Rei D. Sebastião I (O “Desejado”) em 4 de fevereiro de 1577, tendo ele a seguinte disposição inaugural:

Primeiramente declaro que todas as Liziras, assim como as criadas, como as que novamente se criarem em terras novas, e que se ajuntarem às ditas Liziras, ou a outras terras, ainda que sejam de áreas do rio do Tejo, e braços dele, são da Coroa de meus Reinos: porque, como Lisboa, Santarém e as outras ao redor foram tomadas aos Mouros pelos reis meus antecessores, logo por eles foram as ditas terras contadas, e aplicadas para Coroa, segundo se contém em uma Lei de declaração feita por ElRei Dom Affonso Segundo<sup>79</sup>, que está na Torre do Tombo.

<sup>77</sup> Em conformidade com o disposto na parte final da alínea “a”, do art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1046, há terrenos de marinha situados nas margens de rios, desde que nestes se faça sentir a influência das marés, que se caracteriza “pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano”.

<sup>78</sup> Na obra original, o nome “lezírias” se encontra grafado como “liziras.”

<sup>79</sup> Dom Afonso II foi Rei de Portugal no período de 1211 a 1223.

O que se constata, então, é que não há qualquer confusão conceitual entre as marinhas e as lezírias, tratando-se de institutos distintos e que, pelos menos desde o Século XIV, jamais foram disciplinados normativamente de modo idêntico ou similar. E disso decorre a impossibilidade de se fazer qualquer cogitação no sentido de que os terrenos de marinha tiveram, ainda que de forma mais remota e longínqua, origem nas lezírias portuguesas.

Mas de todos os argumentos que se tem para afastar definitivamente o equívoco de relacionar os terrenos de marinha às lezírias, sem dúvida alguma o mais relevante é a disciplina normativa das marinhas destinadas aos espaços litorâneos do Brasil, bem como sua posterior conversão no regramento inicial dos terrenos de marinha.

Diferentemente do que ocorreu em relação às marinhas, que já em 1534<sup>80</sup> foram mencionadas em diplomas destinados ao disciplinamento da ocupação das terras ainda no Brasil colônia, inexistiu um documento oficial sequer que tenha feito referência às lezírias. Mais que isso, nenhuma fonte histórica menciona a expressão “lezírias” relacionando-a a qualquer espaço costeiro no Brasil. A propósito dessa questão, realizadas consultas a documentos digitalizados e disponíveis no Arquivo da Torre do Tombo, no *Ius Lusitaniae* (Fontes Históricas de Direito Português) e outros repositórios de legislação portuguesa, no Arquivo Nacional Brasileiro, na Câmara dos Deputados (do Brasil), Senado Federal, Supremo Tribunal Federal (obras históricas), nenhum dos resultados apontados como respostas positivas para o termo “lezírias”<sup>81</sup> tinha qualquer relação com o Brasil.

Além disso, há de se ter claro que, quando criado o instituto em terras brasileiras no início do século XIX, inexistia no Portugal de então a categoria de bens denominada “terrenos de marinha” (SANTOS, 1985, p. 4). Isso não quer dizer que Portugal, antes daquela época, não tivesse dedicado atenção à disciplina das ocupações nos espaços costeiros. Aliás, já mencionadas nesta pesquisa, inclusive, diversas ordens, avisos e outros instrumentos que se destinaram a esse propósito<sup>82</sup>.

Também não se afirma aqui que, depois de instituídos os terrenos de marinha, Portugal não tenha também criado regramento específico para promover o ordenamento das

---

<sup>80</sup> O aludido diploma corresponde à Carta de Doação da Capitania de Pernambuco passada por D. João III em favor de Duarte Coelho.

<sup>81</sup> Foram feitas tentativas inclusive com o nome no singular, bem como com as grafias erradas: “lesíria”(s), “lizíria”(s) e “lisíria”(s). Tentou-se, ainda, a busca pelo nome “lezira”(s), que significa a mesma coisa que “lezíria”.

<sup>82</sup> A propósito, ver notas de rodapé números 14 a 21.



orlas marítima e fluvial. Neste sentido, referencie-se o Decreto de 31 de dezembro de 1864<sup>83</sup>, que declarou “do domínio público imprescindível, os portos de mar e praias e os rios navegáveis e fluviáveis, com as suas margens, os canais e valas, os portos artificiais e docas existentes ou que de futuro se construam (...)” (APA, 2013, p. 10).

Entretanto, o fato é que, até quando pela primeira vez foi mencionada a expressão terrenos de marinha pelo Aviso de 7 de julho de 1829, bem como até a vigência da Lei Orçamentária de 15 de novembro de 1831, não havia em Portugal instituto com a mesma designação ou, ainda, com regramento idêntico ou semelhante ao daquela espécie de bens.

Mas mesmo sendo um instituto nascido no Brasil, em especial no Rio de Janeiro, é certo que a regulamentação dos terrenos de marinha não surgiu do nada. Não se tratou de uma “abiogênese” normativa. Conforme demonstrado efetivamente nesta pesquisa, o regime jurídico inicialmente estabelecido para os terrenos de marinha foi quase que integralmente herdado da disciplina normativa das marinhas.

Até 1809, toda a disciplina das marinhas no Brasil apontava que a vocação desses espaços seria a destinação ao serviço da Coroa e ao uso comum do povo, tudo em conformidade com as Ordens Régias de 21 de outubro de 1710, de 7 de maio de 1725 e de 10 de dezembro de 1726. Nada obstante, por meio do Decreto de 21 de dezembro de 1809, o soberano português, já em terras brasileiras, determinou que se concedesse parte dos terrenos das praias da Gamboa e Sacco do Alferes em aforamento ou arrendamento. Modificou-se com isso a vocação original das marinhas, que passam a ser áreas passíveis de utilização privativa por particulares, desde que em contrapartida estes promovam o pagamento do respectivo foro.

Essa mudança de vocação das marinhas é o início da aproximação da disciplina desses espaços com o regramento dos terrenos de marinhas, pois estes têm no aforamento o principal regime de utilização pelos particulares.

Mesmo tendo sido autorizada a concessão de aforamento nas marinhas, não se tinham definidos os elementos característicos desses espaços, providência que somente foi adotada pelo Aviso de 18 de novembro de 1818, o qual estabeleceu como parâmetro para a largura das marinhas a “(...)linha d'água para dentro sempre são reservadas 15 braças pela borda do mar para serviço público, nem entram em propriedade alguma dos confinantes com as marinhas(...)”.

---

<sup>83</sup> Atualmente a questão é tratada em Portugal pela Lei n.º 54, de 15 de novembro de 2005. A propósito do tema, em Portugal as áreas adjacentes aos corpos de água integram o domínio público hídrico, a partir da idéia de que aqueles espaços corresponderiam à extensão dos mares, rios e lagos.

Esses dois instrumentos normativos, o Decreto de 21 de janeiro de 1809 e o Aviso de 18 de novembro de 1818, que ainda se destinavam a regular o instituto das marinhas, emprestaram os fundamentos ao regime jurídico inicial dos terrenos de marinha. O primeiro indicou a vocação de destinação dos terrenos de marinha, que seria a utilização pelos particulares mediante a constituição de aforamento e o pagamento do respectivo foro; e o segundo definiu quais seriam as características físicas destes espaços, que passou a utilizar o mesmo parâmetro de medida constante no Aviso de 18 de novembro de 1818<sup>84</sup>, em conformidade com o disposto no art. 4.º das Instruções 14 de novembro de 1832<sup>85</sup>.

A partir de todas essas considerações, não há espaço para quaisquer dúvidas: no Brasil, os terrenos de marinha tiveram sua origem a partir das marinhas (ou marinhas de sal), das quais herdaram toda a disciplina normativa, assim como a medida de largura corresponde a 15 braças craveiras (33,00 metros).

### 1.6. O porquê dos 33 metros.

Outra questão que também se apresente como controvérsia recorrente diz respeito ao critério para eleição da medida 15 braças como largura da faixa dos terrenos de marinha.

Para sair das 15 braças e se chegar aos 33 metros dos terrenos de marinha, não há maiores dificuldades. Simples operações aritméticas são suficientes a esse propósito.

As “braças” a que se referiu primeiramente o Aviso de 18 de novembro de 1818 são as braças craveiras<sup>86</sup>, consoante determinou o art. 4.º da Instrução de 14 de novembro de 1832. Uma braça craveira corresponde à medida de 10 (dez) palmos<sup>87</sup>, e estes, por sua vez, medem cada um 0,22m (ou 22 centímetros). Assim, cada braça craveira, pelo sistema métrico atual<sup>88</sup>, corresponde a uma medida de 2,20 metros.

Disso resulta que 15 braças craveiras correspondem a 33 metros, o que se obtém como simples resultado da operação  $15 \times 2,20 \text{ metros} = 33,00 \text{ metros}$ .

---

<sup>84</sup> “Art. 4.º Hão de considerar-se terrenos de marinha todos que, banhados pelas águas do mar, ou dos rios navegáveis, vão até a distância de 15 braças craveiras para a parte da terra, contadas estas desde o ponto a que chega o preamar médio.”

<sup>85</sup> “(...) da linha d'água para dentro sempre são reservadas 15 braças pela borda do mar para serviço público, nem entram em propriedade alguma dos confinantes com as marinhas(...).”

<sup>86</sup> Segundo o Dicionário Léxico (<http://www.lexico.pt/craveiro/>), o significado de craveiro é o seguinte: “Diz-se do palmo que tem 12 polegadas, e da braça que tem 10 palmos craveiros.”

<sup>87</sup> De acordo com o dicionário Priberam (<http://www.priberam.pt/dlpo/palmo>), o palmo é “medida que equivale a 8 polegadas ou 22 centímetros.”

<sup>88</sup> O sistema métrico atual foi estabelecido em 26 de junho de 1826, por meio da Lei n.º 1.152, quando o então Imperador D. Pedro II manda adotar o sistema francês, impondo pelo eventual descumprimento penas de prisão e multa.

Mas ainda permanece sem resposta adequada a indagação quanto aos motivos que conduziram à eleição das 15 braças (ou 33,00 metros) como parâmetro de delimitação das marinhas e, posteriormente, dos terrenos de marinha.

Acerca dessa questão, diversas especulações foram apresentadas, algumas até razoáveis, e por isso reproduzidas em diversos textos sobre o tema, embora sejam destituídas de fundamento sustentável do ponto de vista científico. Sugeriu-se, a propósito, tratar-se de medida suficiente ao deslocamento de um contingente militar composta de nove soldados, bem como que corresponderia ao limite que alcançariam em terra as balas de canhões disparadas de embarcações situadas ao longo da costa.

Todavia, não se assentam essas afirmações em robusto fundamento, tanto que aqueles que as mencionaram não fizeram qualquer remissão a documentos contemporâneos ou anteriores à época em que foi feita a estipulação desse marco espacial (33,00 metros), nem cuidaram de citar outras fontes igualmente idôneas.

Sobre aquela indagação, a explicação que melhor a responde, sobretudo por não se lastrear em suposições ou ilações destituídas do necessário fundamento histórico, é a oferecida pela utilização de uma referência de servidão já adotada nas ordenações portuguesas do século XVIII.

O instituto das marinhas, como já exaustivamente apresentado neste trabalho, surge com o intuito de se prestar, em essência, ao resguardo de uma faixa de terra no litoral para o serviço da Coroa e ao uso comum<sup>89</sup>, bem como para viabilizar a “defesa da terra”<sup>90</sup> em caso de conflitos bélicos (LIMA, 1865, p. 6). É a partir dessas premissas que são tratadas as questões objeto das Ordens Régias de 1710, de 1725 e de 1726, as quais, sem exceção, diziam respeito a problemas decorrentes de construções realizadas ao longo do litoral do Rio de Janeiro, mais especificamente nas proximidades dos “Quartéis dos Soldados e Trem de Artilharia”, bem como do “Fortim”. E por não se tratar de problema inédito havido apenas aqui no Brasil, a questão das ocupações no entorno de edificações militares já era, naquele tempo, objeto de regramento na legislação portuguesa. A propósito do tema, o Capítulo 65 das Ordenanças Militares Portuguesas, datadas de 20 de fevereiro de **1708**, tinha o seguinte teor:

Sou servido proibir a toda pessoa de qualquer caráter, ou qualidade que seja, lavrar ou fazer lavrar, semear ou plantar sobre as muralhas ou Corpos das Praças, nem fora delas, nem nas contra-escarpas, ou fossos; o que só é permitido na distância de quinze braças fora da estrada coberta, e nada menos; (...)

<sup>89</sup> Ver Ordem Régia de 7 de maio de 1725.

<sup>90</sup> Ver Ordem Régia de 21 de outubro de 1710.

Destarte, considerando que, até a declaração de independência em 7 de setembro de 1822, o Brasil apenas compunha os domínios ultramarinos portugueses, inicialmente como Colônia e, após 16 de dezembro de 1815, como integrante do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, as ordenações editadas na Metrópole tinham aplicação também em terras brasileiras. Assim, por conta da existência de disciplina específica sobre a matéria na legislação portuguesa, e considerando que os problemas de ocupações se verificaram no Brasil nas proximidades de unidades, militares, o mesmo parâmetro da servidão no entorno destas foi utilizado pelo Aviso de 18 de novembro de 1818 como referência para o estabelecimento das medidas as marinhas.

O Decreto de 13 de julho de 1820, da lavra do próprio Soberano Português (em terras brasileiras), é outro registro que ratifica a conclusão no sentido de que a preocupação com as construções nos arredores das fortificações militares influenciou significativamente a disciplina das marinhas. Pela sua importância e precisão, oportuno transcrever parcialmente o conteúdo do aludido Ato:

Havendo sido sempre consideradas como uma dependência da Repartição da Marinha todas as praias e qualquer porto, e muito particularmente aquelas que ficam situadas nas imediações de estabelecimentos navais, e constando-Me que, não obstante isso, foram concedidas e distribuídas por diversas autoridades várias porções de terrenos nas praias desta Cidade a indivíduos que as requereram com o fim de levantarem ali estaleiros, instância e outros estabelecimentos da mesma natureza, resultando daqui o grande embaraço em que eles mesmos agora se consideram pela falta de legitimidade de seus títulos: Sou servido determinar que todos aqueles que assim se acham na posse de tais terrenos hajam de apresentar, sem perda de tempo, na Minha Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha e Domínios Ultramarinos, os títulos por que os ocupam, a fim de que, depois de convenientemente examinados, possam estes ser substituídos por títulos competentes expedidos por esta Repartição com as clausulas costumadas; ressaltando somente desta Minha geral disposição os terrenos que pelo Conselho da Fazenda tiverem sido aforados ou arrendados nas praias da Gamboa e Suco do Alferes na conformidade do Decreto de 21 de janeiro de 1809, mas ficará d'ora em diante suspensa a determinação do referido Decreto, a fim de evitar para o futuro qualquer conflito ou dúvida que possa suscitar-se sobre o distribuição de tais terrenos.

Cabe consignar que há outras disposições normativas que fazem referência à aplicação, aqui no Brasil, da disciplina veiculada nas Ordenanças Militares Portuguesas de 20 de fevereiro de 1708. Nesse mister, o *Suplemento do Manual do Procurador dos feitos da Fazenda Nacional* (MALHEIROS, 1873, p. 35), faz expressa menção a elas, conforme trecho da aludida obra que a seguir transcrevo:

Dentro de 15 braças a contar das muralhas das fortificações não podem particulares edificar, sendo essa zona de servidão militar conforme o Reg. de 18 de fevereiro de 1708, Cáp. 65. (AV. n.º 374 de 18 de Setembro de 1866).

A exposição de motivos (os “considerandos”) do Decreto de 24.515, de 30 de junho de 1934, que teve como objeto o reconhecimento do domínio da União sobre os terrenos localizados nos “morros, outeiros e mamelões da Babylonia, Leme, Annel, Urubu, Inhangá e suas circunvizinhanças”, também faz expressa referência à disciplina contida no Capítulo 65 das Ordenanças de 20 de fevereiro de 1708.

Não há, portanto, espaço para outras ilações, pois se evidencia de forma estreme de dúvidas, e com fundamento em documentos históricos robustos e idôneos, que a adoção das 15 braças como medida de largura das marinhas (Aviso de 18 de novembro de 1818) e posteriormente dos terrenos de marinha (Instruções de 14 de novembro de 1832), decorreu da utilização do mesmo parâmetro adotado para a servidão estabelecida pelas Ordenanças Militares Portuguesas de 20 de fevereiro de 1708, que proibia quaisquer construções ou atividades no entorno das edificações militares, em medida equivalente a 15 braças (craveiras). Assim, com o Aviso de 18 de novembro de 1818, a servidão originariamente de índole militar, converte-se em referência de caráter urbanístico<sup>91</sup>, pois destinada a disciplinar o uso do solo mesmo em áreas onde não existiam edificações militares. E como a medida de largura dos terrenos de marinha decorreu da disciplina das marinhas (ou marinhas de sal), afastam-se definitivamente as especulações sobre o tema.

### **1.7. Os terrenos de marinha quanto à sua destinação.**

Segundo classificação adotada por Hely Lopes Meirelles, os bens públicos podem ser de uso comum do povo (ou do domínio público), de uso especial (patrimônio administrativo) ou, ainda, dominiais (patrimônio disponível), estes designados também de dominicais (DI PIETRO, 2004, p. 572).

---

<sup>91</sup> Alguns padrões de logradouros projetados pela Comissão de Melhoramentos da Cidade do Rio de Janeiro corroboram essa afirmação. A referida comissão foi instalada em 1875, sendo composta e presidida inicialmente pelo Engenheiro Francisco Pereira Passos. Em 1903, quando Pereira Passos ocupava o cargo de Prefeito do Distrito Federal (Rio de Janeiro), foi apresentado um Relatório (na verdade um Ofício – Ofício n.º 30, de 13 de abril de 1903) da lavra do então chefe da aludida Comissão, Alfredo Américo de Souza Rangel. Nos projetos apresentados, consta a referência a uma “avenida de 33 metros de largura que o Governo Federal projeta abrir entre o principio da rua Chile e o largo da Prainha.” (RANGEL, 1903, p. 5). Menciona-se, ainda, o alargamento para 17 metros das ruas Treze de Maio e Santo Antonio, comunicando o largo da Carioca com a grande avenida de 33 metros e com o prolongamento da travessa de S. Francisco de Paula até a rua da Carioca, ligando assim o largo de S. Francisco à grande artéria leste-oeste.” (RANGEL, 1903, p. 6).

Os bens de uso comum do povo, como a própria expressão já indica, são aqueles que podem ser utilizados por todos indistintamente, destinando-se à fruição coletiva. São típicos bens de uso comum do povo as praias, as praças e as vias em geral, que dispensam, em regra, qualquer forma de aquiescência do poder público para utilização, embora possa haver condicionantes em determinadas circunstâncias (MELLO, p. 942). Seria o caso, por exemplo, de determinada praia em que eventualmente ocorra a desova de tartarugas. Embora o acesso a ela possa ser liberado, é possível a fixação de limites e a imposição de regramentos para visitação. Da mesma forma poderá se estabelecer disciplina para utilização de praças que se localizem próximas de hospitais, vedando-se, ilustrativamente, o uso de aparelhagem sonora em eventuais reuniões públicas.

Os bens de uso especial são aqueles destinados ao funcionamento de algum órgão ou instituição pública. O seu uso é exercido especialmente pela Administração Pública, decorrendo disso a sua afetação a determinado serviço. Nada obstante, os particulares também podem neles ingressar ou permanecer quando isso decorra da utilização dos serviços ali sediados (MELLO, 2013, p. 946). O uso exclusivo pelo particular também será admitido em certas circunstâncias, quando destinadas determinadas parcelas desses bens para fins de realização de atividades de apoio ao serviço público, como alguns restaurantes localizados nos próprios prédios dos órgãos públicos. Há, ainda, a possibilidade de que essa utilização privativa se constitua na própria vocação do bem de uso especial, ou seja, sua afetação. É o caso, por exemplo, dos imóveis destinados a residências oficiais de determinados agentes políticos, como os Palácios da Alvorada e do Jaburu.

Por fim, os bens dominiais são aqueles cuja definição corresponde à exclusão das demais classificações. Não estando determinado bem afetado ao uso comum do povo ou a algum uso especial pela Administração Pública, então se terá um bem dominial. É exatamente dessa ausência de afetação que decorre sua disponibilidade, pois enquanto afetado não pode a Administração promover qualquer ato de disposição. Essa disponibilidade autoriza, então, que a Administração permita a utilização privativa de determinado bem, desde que o faça nos termos do que dispuser a legislação específica que rege a matéria.

Contudo, não é correto afirmar que os bens dominiais se submetem ao regime jurídico de direito privado. Isso em razão de que, embora, como regra, sejam admitidos atos de disposição, tal como os facultados aos particulares em geral, haverá sempre condicionantes a serem observados pela Administração Pública. Como exemplo disso, pode-se citar a necessidade de observância das regras de licitação para alienação ou outras formas de destinação de bens. Mencione-se, ainda, a impossibilidade de perda da propriedade dessa

espécie de bens por meio de usucapião<sup>92</sup>, nos termos do que prescrevem os arts. 183, §3.º, e 191, parágrafo único, ambos da Constituição de 1988.

Por fim, é possível também que existam limitações a certos atos de disposição, seja para o fim de impor condicionantes mais rigorosos, ou mesmo para excluir a possibilidade de serem praticadas determinadas condutas. Nesse sentido, referencie-se a possibilidade de alienação de terrenos da União que não estejam afetados a algum uso (comum do povo ou especial).

E no que se refere aos terrenos de marinha e seus acrescidos, estes são, como regra, bens dominiais, de maneira que podem ser utilizados privativamente por particulares. Essa possibilidade de destinação para uso privativo foi inaugurada a partir do Decreto de 21 de janeiro de 1809, que autorizou a concessão de aforamentos nas praias da Gamboa e Sacco do Alferes, rompendo com a vocação original das antigas marinhas, que, como regra, deveriam permanecer desimpedidas, sendo reservadas ao serviço da Coroa e ao uso comum do povo<sup>93</sup>.

A possibilidade de destinação individual, no entanto, condiciona-se à não afetação desses bens a algum serviço ou uso público, bem como à não caracterização deles como de uso comum do povo, conforme já advertia o Decreto-lei n.º 24.643/1934 em seu artigo 11.

Pode, por conseguinte, ser constatado que a faixa de terrenos de marinha, em determinada localidade, situa-se em uma área também caracterizada como praia. Neste caso, embora os terrenos de marinha sejam originariamente dominiais, na hipótese subsistirá a afetação ao uso comum do povo, o que impossibilitará a destinação de tais bens à utilização privativa por particulares, sendo vedada a inscrição de ocupações ou a concessão de aforamento.

Pode, por fim, ocorrer de serem destinados terrenos de marinha para a construção da sede de algum órgão público. Disso resultará a caracterização desses bens como de uso especial<sup>94</sup>, deixando de ser classificados como dominiais.

---

<sup>92</sup> É verdade que os terrenos de marinha, desde que aforados a particulares, podem ter seu domínio útil adquirido por meio de usucapião. Neste sentido: REsp 575.572/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/09/2005, DJ 06/02/2006, p. 276; REsp 507.798/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 03/05/2004, p. 171. Todavia, deve-se atentar para o fato de que, nesses casos, o domínio útil não é da titularidade de um ente público, mas do particular que ostenta a condição de foreiro. Exatamente por essa razão que não se admite o usucapião de terrenos de marinha inscritos sob o regime de ocupação.

<sup>93</sup> Era essa a vocação original das marinhas, conforme já evidenciado quando analisadas as Ordens Régias de 21 de outubro de 1710 e 7 de maio de 1725.

<sup>94</sup> Sendo destinados a órgãos da Administração Pública Federal Direta, o instrumento de que se utiliza a Secretaria do Patrimônio da União (SPU) é o Termo de Entrega, em conformidade com o disposto no art. 79 do Decreto-lei n.º 9.760/1946. Não há, portanto, relação contratual, pois não é tecnicamente adequado se cogitar a existência de relação dessa espécie entre órgãos despersonalizados que integram uma mesma Entidade. Caso a destinação seja feita em favor de outros Entes da Federação, o instrumento será, como regra, a cessão,

### **1.8. A caracterização física dos terrenos de marinha.**

Da análise do conceito de terrenos de marinha hoje vigente, vê-se que eles são constituídos por uma faixa de terras cuja localização não se modifica em razão do eventual avanço ou recuo do mar. Os terrenos de marinha se iniciam em um marco espacial de posição invariável, que é a linha correspondente à média das preamares de 1831 (LPM/1831).

Preamar, segundo conceito veiculado no Decreto Federal n.º 5.300, de 7 de dezembro de 2004, significa a “altura máxima do nível do mar ao longo de um ciclo de maré, também chamada de maré cheia”. Representa a altura máxima que o nível do mar chega em um dia lunar. Ao prescrever que a LPM deve ser obtida a partir da média das preamares, a legislação em vigor determina que se promova a aferição da cota (altura) das preamares de determinado período e, após isso, obtenha-se a média. Mas não é média de qualquer período que interessa ao conceito de terrenos de marinha, senão aquela do período a que se referem os arts. 2.º e 9.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, ou seja, a média relativa às preamares do ano de 1831.

Determinada a posição da LPM/1831, observando-se rigorosamente todos os elementos conceituais acima mencionados, dela devem ser medidos horizontalmente 33m (trinta e três metros) em direção ao continente, até que se chegue a um outro marco especial fixo, que vem a ser a Linha Limite dos Terrenos de Marinha (LLTM).

A propósito desta última, a LLTM, é necessário consignar que ela não se encontra assim designada pela legislação ordinária. Sua denominação, contudo, é sacramentada pela prática administrativa, sendo mencionada expressamente na Orientação Normativa GEADE<sup>95</sup> n.º 002/2001, que disciplina, no âmbito da SPU, a atividade de demarcação dos terrenos de marinha.

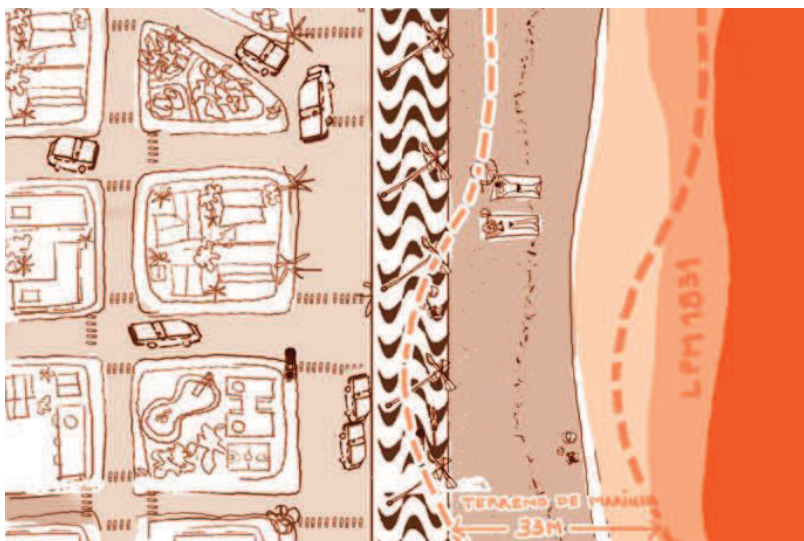
Por tudo até aqui aduzido, é perceptível que o tema em questão envolve alguns conceitos e aspectos que não são facilmente evidenciados apenas a partir de textos dissertativos. Em razão disso, para a correta compreensão do que sejam terrenos de marinha, é conveniente se recorrer a algumas figuras que ilustram as características dessa categoria de bens.

---

disciplinada nos arts. 18 a 21 da Lei 9.636/1998. Neste caso se verificará uma relação contratual firmada entre União e o Ente destinatário.

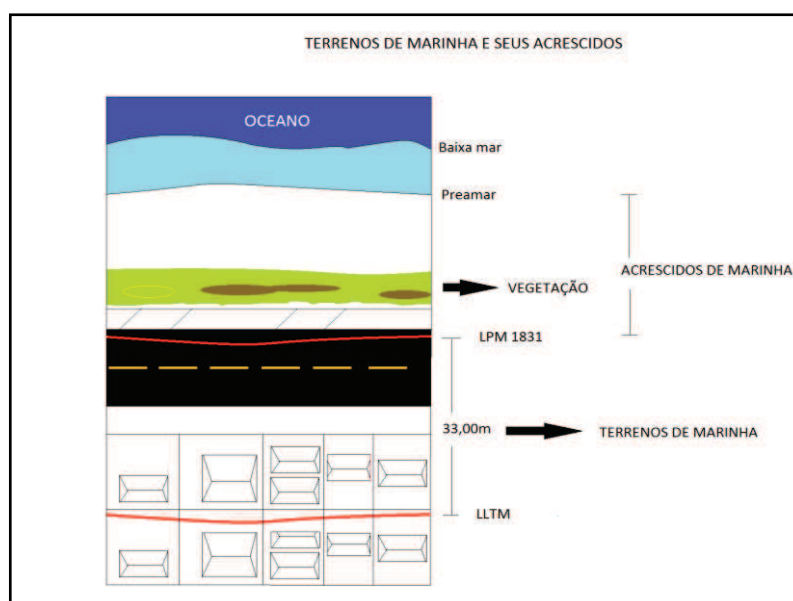
<sup>95</sup> A sigla corresponde à Gerência de Área de Cadastramento e Demarcação, unidade da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) que, na época de expedição do referido instrumento regulamentar, era responsável por coordenar as atividades demarcatórias no âmbito daquela Secretaria.





**Figura 01** – Terrenos de marinha (Fonte: SPU, 2006, p. 32)

A Figura 01 é bastante elucidativa. A partir dela se percebe que, independentemente do movimento das marés na atualidade, os marcos inicial e final da faixa de terrenos de marinha não modificam suas posições, tanto que são paralelas a LPM/1831 e a LLTM. E por essa razão os terrenos de marinha podem ficar submersos, caso se tenha verificado o avanço do oceano em direção ao continente, de modo que as suas águas ultrapassem a LPM/1831 e a faixa de 33 metros a esta adjacente. No entanto, essa ocorrência não teria o condão de deslocar a posição da LPM/1831, uma vez que a referência temporal determinada pelos arts. 2.º e 9.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946 é, inexoravelmente, o ano de 1831, e não a linha de preamar correspondente ao momento da demarcação ou, ainda, a preamar atual.



**Figura 02** – Terrenos de marinha e acrescidos

Na Figura 02, ficam evidenciados todos os elementos característicos do conceito de terrenos de marinha, bem como a distinção dele em relação aos acrescidos de marinha.



**Figura 03** – Terrenos de marinha, acrescidos de marinha e praias marítimas  
(Fonte: SPU, 2014-A, p.2)

A Figura 03 demonstra a sobreposição da LPM/1831 e da LLTM à imagem real de uma região litorânea, exemplificando a distinção entre terrenos de marinha, os acrescidos de marinha e as praias marítimas.

### 1.9. Acrescidos de marinha.

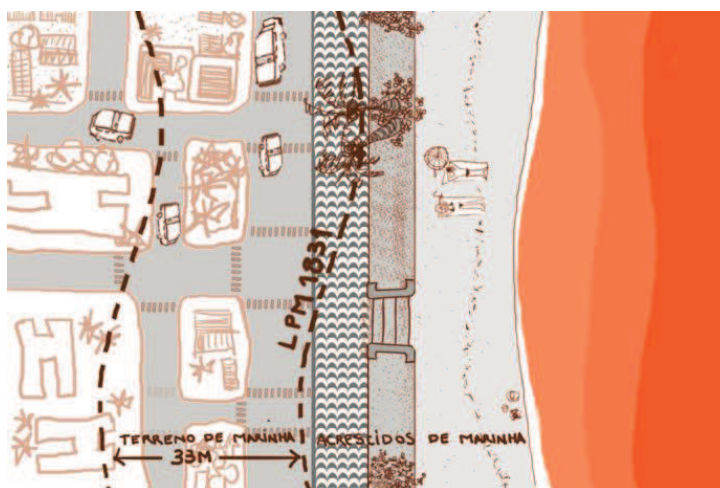
Outro conceito que também interessa ao presente estudo é o de terreno acrescido de marinha, que deve ser compreendido para que não se cogite qualquer confusão com o de terreno de marinha, ou mesmo com a definição de praia marítima, esta que será apresentada mais adiante.

O conceito de terreno acrescido de marinha também é formulado pela legislação, constando no art. 3.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946, cuja redação é a seguinte: “São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.”

Diferentemente do que se verifica com os terrenos de marinha, os acrescidos se constituem em uma faixa de terra de largura variável. Suas dimensões, e até mesmo sua existência, estão intrinsecamente relacionadas ao eventual recuo do mar após o ano de 1831 (formação natural), ou à realização de aterros (formação artificial). Correspondem eles, pois, à faixa de terra que por ventura exista e se localize entre a LPM/1831 e o mar.

Assim, adotando-se como referência a LPM/1831, e dela se medindo 33m (trinta e três metros) em direção ao continente, identificam-se os terrenos de marinha. No sentido oposto, partindo-se da LPM/1831 em direção ao mar, encontram-se os terrenos acrescidos de marinha.

Para aclaramento da situação, mais uma vez se recorrerá ao uso de ilustração.



**Figura 4** – Terrenos acrescidos de marinha (Fonte: SPU, 2006, p. 33)

Pelo que se vê, os terrenos de marinha têm sempre limites fixos de início e fim de sua faixa, enquanto que os acrescidos têm apenas o seu final delimitado por um marco espacial fixo, que é LPM/1831. Seu início, contudo, irá variar de acordo com o movimento das marés, ou, ainda, da realização de aterros artificiais.

#### **1.10. Praias marítimas.**

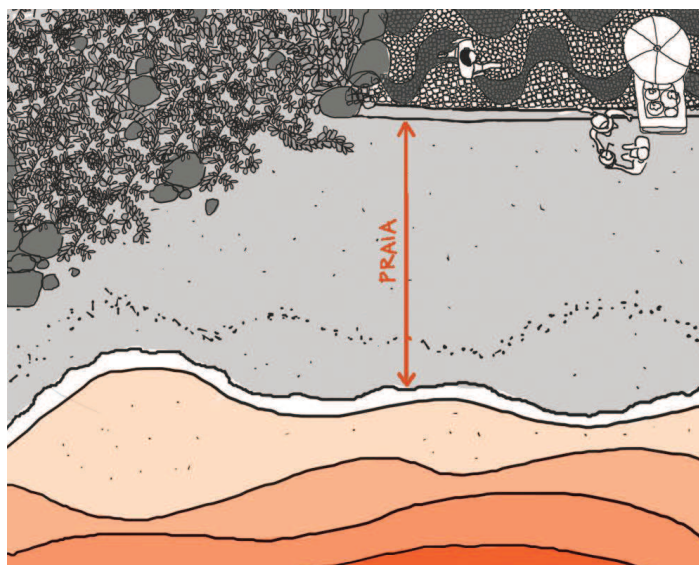
Há que se fazer também referência ao conceito de praia marítima, pois em relação a este é que se verificam as mais recorrentes confusões.

As praias marítimas também têm uma definição esculpida pela legislação, mais especificamente pelo art. 10, §3º, da Lei n.º 7.661/1988. Segundo esse dispositivo legal,

§ 3º. Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detritico, tal como areias, cascalhos,

seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.

Elas têm sua caracterização determinada pela geomorfologia litorânea, conjugando-se o movimento das marés (“área coberta e descoberta periodicamente pelas águas”) e o ecossistema subsequente em direção ao continente. De um lado, as praias têm o mar como marco referencial, pois se iniciam onde este termina. Do outro, são limitadas pelo início da vegetação - linha de “jundu” (MELLO, 2013, p. 938), ou, na ausência desta, pelo começo de um outro ecossistema.



**Figura 5** – praias marítimas (Fonte: SPU, 2006, p. 35)

Como se vê, diferentemente do que se verifica em relação aos terrenos de marinha, as praias marítimas não possuem limites fixos, seja para o lado do mar ou do continente. Isso pelo fato de que pode o mar recuar, causando um alargamento da faixa de praia na direção de suas águas, que passaria a compreender também o espaço vazio deixado pelo deslocamento das águas do oceano. De outro modo, pode o mar avançar para o continente, provocando um estreitamento ou mesmo um deslocamento da faixa de praia naquela mesma direção.

É possível, inclusive, que se constate não existir praia marítima em determinada faixa do litoral, o que se dará na hipótese de o mar se encontrar com o continente em trechos de falésias ou de formações rochosas, onde não se verifique a existência de “área coberta e descoberta periodicamente pelas águas”.

É importante ressaltar, no entanto, que a eventual inexistência de praias marítimas não terá qualquer repercussão na faixa de terrenos de marinha, que será identificada na forma no art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946, pois os conceitos dessas categorias de bens são inconfundíveis, como bem advertiu Justen Filho (2013, p. 1165).

### 1.11. Os terrenos marginais.

Os terrenos de marinha não existem somente em áreas que se confrontam com o mar, sendo bastante comum a sua identificação em regiões de estuários de rios, sobretudo nas proximidades de suas fozes.

Nos cursos de água, ou mesmo quando estas forem dormentes (lagunas), haverá terrenos de marinha até onde se “faça sentir a influência das marés”, nos termos do parágrafo único do art. 2.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

É necessário, assim, também saber o que são os terrenos marginais, de modo a distinguir quando as áreas ribeirinhas serão compostas de terrenos de marinha (com faixa de 33 metros de largura, a partir da LPM/1831) ou, de outro modo, quando ali haverá terrenos marginais (com apenas 15 metros, a partir da LMEO).

O Decreto-lei n.º 9.760/1946 conceitua terrenos marginais da seguinte maneira:

Art. 4º São terrenos marginais os que banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 (quinze) metros, medidos horizontalmente para a parte da terra, contados desde a linha média das enchentes ordinárias.

De acordo com o referido dispositivo legal, o primeiro elemento conceitual possuiria caráter negativo, residual: seriam marginais somente se não fossem de marinha, ou seja, se não houvesse influência de maré, esta que se caracteriza pela “oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.” Além disso, estabelece-se, como condição para identificação como terrenos marginais, que eles estejam situados nas margens de “rios navegáveis”.

De acordo com definição constante no Priberan, navegável é o “que se pode percorrer em barco; acessível a embarcações (ex.: canal navegável; percorreu a extensão navegável do rio). (...) 2. Que tem capacidade para navegar.”

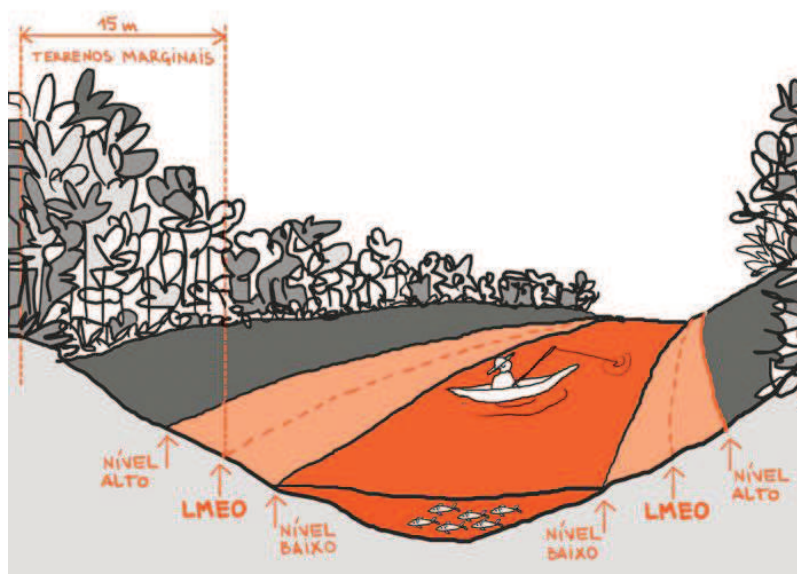
Os rios navegáveis se encontram catalogados perante a Agência de Nacional de Águas<sup>96</sup>, que detém a atribuição de identificar esses corpos de água, bem como de outorgar autorização para o seu uso, nos termos do que dispõe o art. 4, IV, da Lei n.º 9.984/2000<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> No documento intitulado Relatório de Conjuntura dos Recursos Hídricos, que se destina a apresentar uma panorama da situação dos recursos hídricos no Brasil. Este documento contém a relação dos corpos de águas existentes no território nacional, indicando aqueles que sejam navegáveis ou não. O documento em questão pode ser acessado no link que se segue: [http://arquivos.ana.gov.br/institucional/spr/conjuntura/ANA\\_Conjuntura\\_Recursos\\_Hidricos\\_Brasil/ANA\\_Conjuntura\\_Recursos\\_Hidricos\\_Brasil\\_2013\\_Final.pdf](http://arquivos.ana.gov.br/institucional/spr/conjuntura/ANA_Conjuntura_Recursos_Hidricos_Brasil/ANA_Conjuntura_Recursos_Hidricos_Brasil_2013_Final.pdf).



Identificados os cursos de água suscetíveis de serem qualificados como rios navegáveis, desde que neles não se verifique a influência das marés (caso em que haverá terrenos de marinha, e não marginais) e estejam situados em “territórios federais”, as áreas ribeirinhas seriam qualificadas como terrenos marginais. Isso demandaria, destarte, a determinação da localização da linha média das enchentes ordinárias (LMEO), referência de onde seriam medidos horizontalmente os 15 metros, para a parte da terra, que configurariam a faixa de terrenos marginais, conforme indicado na figura que se segue.



**Figura 6** – terrenos marginais (Fonte: SPU, 2006, p. 27)

Ocorre que, diferentemente do que se verificou em relação aos terrenos de marinha, o conceito de terrenos marginais foi significativamente alterado pela Constituição de 1988.

Conforme dispõe o art. 20, III, da Constituição de 1988, pertencem à União os terrenos marginais situados nas áreas lindeiras aos bens que integram o *domínio hídrico*<sup>97</sup> atribuído ao referido ente. Oportuno aqui transcrever integralmente o referido dispositivo constitucional:

Art. 20. São bens da União:

(...)

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

<sup>97</sup> Com relação aos terrenos marginais de rios federais, a tarefa de identificação é da incumbência da SPU, nos termos do que dispõe o art. 9.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

<sup>98</sup> Terminologia adotada pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 934) para designar as águas, salgadas ou doces, correntes ou dormentes, que integram o acervo patrimonial dos entes da Federação.

Vê-se, pois, que o requisito “navegabilidade” não é mais elementar do conceito de terrenos marginais. Banhando as águas dormentes (lagos) ou correntes (rios ou outras correntes d’água) mais de um Estado, ou servindo como marcos de fronteiras com território estrangeiro ou dele provindo, tais corpos de água pertencem à União, assim como os terrenos que os margeiam. Estes últimos são qualificados como terrenos marginais, conforme assinala o dispositivo constitucional acima mencionado, independentemente de serem lindeiros a um “rio navegável”, como antes prescrevia o art. 4.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

Importante consignar que, do mesmo modo como ocorre em relação aos terrenos de marinha, também no que concerne aos terrenos marginais se deve adotar uma referência temporal para aferição da localização da LMEO. Atento ao fato de que se tratam de institutos diversos, que tiveram, por conseguinte, trajetórias normativas distintas, o ano de referência para determinação da posição da LMEO deve ser o de 1867<sup>99-100</sup>. Esse referencial se deu em razão de a Lei n.º 1.507, de 26 de setembro de 1867, ter sido o primeiro diploma legal nacional a disciplinar os terrenos marginais, embora o tenha feito a partir da terminologia adotada no Decreto n.º 4.105/1868 para o seu gênero: “terrenos reservados”<sup>101</sup>.

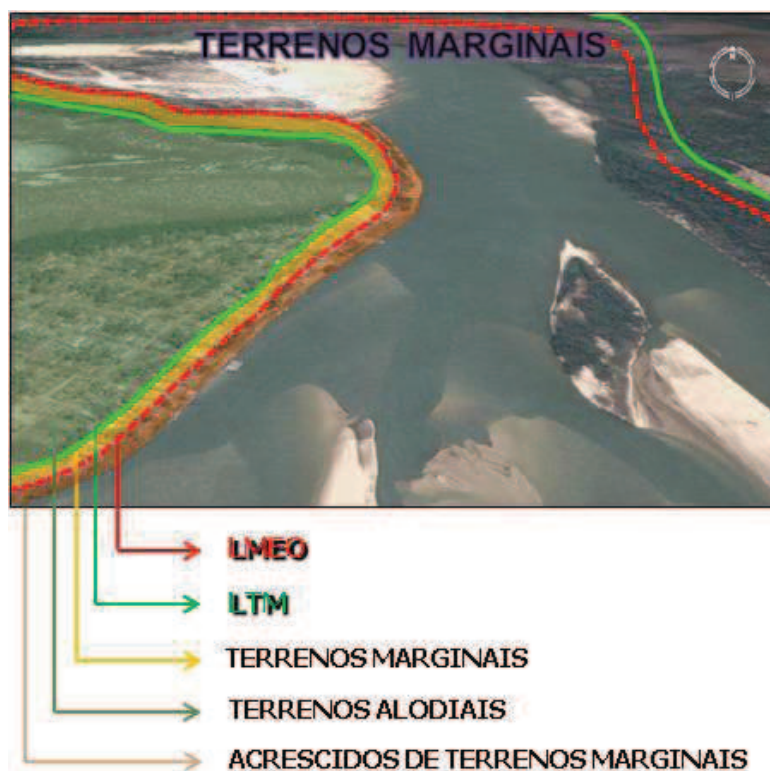
Acerca do conteúdo da citada Lei, esta, em seu art. 39, reservou à servidão pública nas margens dos rios navegáveis, “fora do alcance das marés”, uma faixa de sete braças (craveiras), que correspondiam a 15,4 metros, e autorizou o Governo a concedê-la nas mesmas condições em que eram destinados os terrenos de marinha.

A figura que se segue ilustra a distinção entre terrenos marginais, terrenos acrescidos aos marginais e os terrenos alodiais dos particulares.

<sup>99</sup> Forçoso aqui, com vênica necessária, divergir da ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quanto à afirmação de que “O ponto médio das enchentes ordinárias foi medido em 1831, conforme critério fixado pelo Decreto n.º 4.105, de 1968” (2004, p. 604). Na verdade, o Decreto em questão se remete expressamente à Lei 1.507, de 26 de setembro de 1867, diploma este que, em seu art. 39, reservava à servidão pública nas margens dos rios navegáveis, “fora do alcance das marés”, uma faixa de sete braças (craveiras), que correspondiam a 15,4 metros, autorizando o Governo a concedê-la nas mesmas condições que eram destinados os terrenos de marinha. Assim, é equivocada a referência ao ano de 1831 como marco temporal para definição da posição da LMEO, que deve levar em conta a média das enchentes ordinárias relativas ao ano de 1867.

<sup>100</sup> Quanto a esta questão, acertada a posição da SPU, consubstanciada no item 4.9.1 da Orientação Normativa GEADE n.º 003/2001, que afirma ser o ano de 1867 o marco temporal para identificação da posição da LMEO.

<sup>101</sup> O conceito de terreno reservado se encontra esculpido no art. 14 do Decreto-lei n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, sendo a redação do referido dispositivo a seguinte: “Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias.” Conforme dispõe o art. 31 do aludido Código de Águas, os terrenos reservados seriam de domínio dos Estados, excluídos aqueles eventualmente pertencentes à União ou a particulares. Os terrenos reservados, portanto, são o gênero no qual se incluem, como espécie, os marginais de propriedades da União, com a ressalva de que estes agora são assim qualificados independentemente do requisito “navegabilidade”.



**Figura 7** – Terrenos marginais, acrescidos aos marginais terrenos alodiais  
(Fonte: SPU, 2014-A, p.13)

Não há, portanto, confusão entre os terrenos de marinha e os terrenos marginais, sendo oportuno consignar que os conceitos de ambos, como já se deduz facilmente, são excludentes.

### **1.12. Notas conclusivas.**

Feitos esses esclarecimentos, e afastadas as recorrentes confusões entre as definições de terrenos de marinha, seus acrescidos, as praias marítimas e terrenos marginais, verifica-se não haver grandes dificuldades conceituais em relação àqueles dois primeiros (terrenos de marinha e seus acrescidos), de modo que não é custoso distingui-los das demais categorias de bens. A dificuldade, que desde o tópico *Apresentação do Tema* se deduz ser significativa, reside em saber onde eles se situam, já que essa definição depende da localização da LPM/1831, esta, sim, o problema de maior relevância para a atividade demarcatória desenvolvida pela União. É por essa razão que o cerne deste trabalho cinge-se ao processo de demarcação dos terrenos de marinha, com especial relevância para a tarefa de determinação da posição da LPM/1831.



E após ter sido apresentada a trajetória histórica e normativa do instituto em análise, necessário se faz refletir acerca de como deve ser desenvolvida a tarefa de demarcação dos terrenos de marinha, notadamente com escopo de conformá-la aos preceitos da ordem constitucional vigente, os quais condicionam toda e qualquer atividade estatal, em especial aquelas com potenciais repercussões na esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos.

## **2. DOS CONDICIONANTES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE DEMARCATÓRIA DESENVOLVIDA PELA UNIÃO**

Conforme demonstrado no capítulo anterior, os terrenos de marinha surgiram quase que simultaneamente à afirmação do Brasil como Estado independente. As origens do referido instituto, no entanto, são até mais remotas, já que as antigas “marinhas” possuíam regulação aqui no Brasil desde o final do século XVII e início do século XVIII<sup>102</sup>. A consolidação do instituto, no entanto, verificou-se ao longo dos séculos XIX e XX, sendo que o conceito hoje vigente e o regramento do seu processo de demarcação remontam ao ano de 1946, quando editado o Decreto-lei n.º 9.760/1946.

Da regulação das antigas marinhas, até a atual disciplina normativa dos terrenos de marinha, já transcorreram mais 300 (trezentos) anos. Desde então a configuração do Estado e a forma como este ente passou a se relacionar com os indivíduos<sup>103</sup> (cidadãos, administrados) experimentou significativas mudanças. Do Estado Moderno Absolutista ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, passando pelo Constitucionalismo Clássico e chegando até o Constitucionalismo Contemporâneo, denominado por alguns doutrinadores de “Neoconstitucionalismo”, cabe o registro de que os terrenos de marinha foram coetâneos de todas essas modificações na configuração do Estado, bem como das variadas concepções de Constitucionalismo.

Nada obstante essa coexistência, a disciplina jurídica daqueles bens nunca manteve estreita relação com o ordenamento constitucional, tanto que, mesmo existindo como instituto durante o período de vigência das oito<sup>104</sup> Constituições que o Brasil teve desde sua independência, da Carta de 1824 até a Constituição de 1988, somente no texto desta última recebeu expressa menção, a qual se limitou a indicar que estão eles sob o domínio da União. É exatamente em razão desse histórico distanciamento que a evolução da disciplina constitucional interessa ao objeto do presente estudo, pois esta se projetou sobre o Direito Administrativo e o processo administrativo, submetendo-os de igual modo a transformações substanciais.

É necessário, assim, promover-se a análise da trajetória dos movimentos constitucionais desde quando introduzido o instituto dos terrenos de marinha em nosso

---

<sup>102</sup> Referenciem-se, a propósito as Ordens Régias de 4 de dezembro de 1678, de 21 de outubro de 1710 e de 7 de maio de 1725.

<sup>103</sup> Justifico a preferência à terminologia indivíduo (em lugar de cidadão ou administrado) pelas razões já apontadas na nota de rodapé n.º 2.

<sup>104</sup> A conta apresentada inclui a Emenda n.º 1 à Constituição de 1967, outorgada pela junta militar no ano de 1969. Se não considerada como Constituição, como fazem alguns, seriam ao todo somente sete Constituições.

ordenamento jurídico, de modo a verificar como a atividade demarcatória foi (ou deveria ser) influenciada em decorrência dos contornos do constitucionalismo contemporâneo.

### **2.1. O Estado Absolutista Moderno.**

A partir da desagregação do Império Romano do Ocidente, fato que na cronologia da história (ocidental) representa o marco de encerramento da Idade Antiga (ano 476 dC), o Feudalismo se desenvolveu, sobretudo na Europa, como sistema de organização econômica, política e social. Baseado na descentralização de poder, reservava aos reis<sup>105</sup> papel político secundário, sendo eles peças quase que “figurativas”. Não eram, pois, dotados de efetivo poder de decisão ou direção sobre as questões do Estado (SAMPAIO, 2013, p. 10), papel que se reserva aos senhores feudais, estes os reais ocupantes do centro daquele sistema. Tal panorama se verificava em razão de o modelo econômico vigente ser eminentemente rural, em que a produção de bens se limitava quase que exclusivamente a gêneros alimentícios, sendo escassa a circulação de moeda. Assim, o domínio da terra se apresentava como elemento de maior representação de poder.

Com a urbanização de determinadas regiões da Europa e o incremento da economia, verificou-se um deslocamento das estruturas de poder do campo para as cidades (SAMPAIO, 2013, p. 10). O comércio se desenvolve e, com isso, as rendas dos reis passam a ser compostas também pelos tributos pagos pela ascendente burguesia, e não apenas daqueles exigidos dos senhores feudais. Com essas transformações nos modelos econômico e social, os senhores feudais deixam de ter condições de se opor ao fenômeno de centralização de poder nas mãos dos monarcas, circunstância que representou fator preponderante no processo de restauração da concepção de estados nacionais.

Ao final da Idade Média se incorporou à noção de Estado o conceito de soberania, que ainda hoje representa a principal característica daquela instituição (BONAVIDES, 2012, p. 34). A soberania, assim, teve a relevante função de se prestar como elemento de unificação dos reinos europeus, uma vez que o poder, antes fragmentado entre os senhores feudais, passou a se reunir na figura do monarca, que a partir de então pode ser propriamente denominado “soberano”.

---

<sup>105</sup> Não é tecnicamente adequado, neste momento histórico, referir aos reis da Idade Média como “soberanos”. Isso pelo fato de que, de fato, os monarcas não exerciam o poder de forma soberana, em razão da significativa dependência da vassalagem da nobreza feudal. Era esta que, no caso de mobilizações beligerantes, prestavam serviços militares à coroa, destinando servos e, ainda, financiando campanhas dessa natureza.

No Estado Moderno toda a autoridade se concentrava na pessoa do governante (BONAVIDES, 2012, p. 35), do que resultou a agregação do predicativo “Absolutista” àquele conceito. Era na figura do soberano que se personificava o Estado, tanto que o que se tinha era um Estado do soberano, e não do povo (BONAVIDES, 2012, p. 36).

Inicialmente o poder absoluto do soberano se legitimava em fundamentos de caráter teológico e metafísico, tendo a Igreja o importante papel de atestar a deferência divina ao poder dos reis (BONAVIDES, 2012, p. 36). No segundo momento, no entanto, as teorias teológicas cederam espaço às contratualistas, que justificavam o Absolutismo em um suposto consentimento de todos os membros da sociedade, os quais abriam mão do caráter absoluto dos direitos que possuíam, em especial o de liberdade e o de aplicação da justiça, em favor da figura do soberano (SAMPAIO, 2013, p. 11). Este, em contrapartida, colocar-se-ia como garantidor das liberdades (agora relativas) que ainda restassem aos indivíduos, bem assim como árbitro imparcial de eventuais conflitos sociais (SAMPAIO, 2013, p. 12; BONAVIDES, 2012 p. 38).

É certo, contudo, que esse alegado “consentimento” à formação de um “contrato social”, na prática nunca se verificou, ao menos não de forma plena e efetiva. Esse argumento prestou-se mais como fundamento teórico a instituir uma regra de conformação social, ou seja, como sucedâneo de instrumento de dominação. Isso em razão de que jamais se cogitou conferir à população em geral qualquer possibilidade de participação efetiva no poder, tanto que nenhum instrumento de legitimação popular foi, à época, ao menos esboçado.

Além do mais, embora com uma configuração bem distinta daquela opaca e frágil organização medieval, o Estado Absolutista Moderno conservava privilégios de determinados setores da sociedade, na qual somente uma pequena minoria tinha efetivamente condições de influenciar em alguma medida as deliberações do Estado. É tanto que, embora o modelo econômico baseado na atividade mercantil conferisse à Burguesia a condição de classe preponderante do ponto de vista do acúmulo de riqueza, do mesmo prestígio ela não gozava no campo político. Na França, por exemplo, ainda como herança do sistema feudal, a sociedade permanecia dividida em classes, também denominadas de “ordens” ou “estados” (*état*). O Primeiro Estado era composto pelo clero, o Segundo pela nobreza, sendo o Terceiro Estado integrado por todos aqueles que não faziam parte dos dois anteriores, composto, assim, pela Burguesia, pelos profissionais liberais e pelos camponeses. E ainda que representasse a imensa maioria da população, o Terceiro Estado não usufruía o mesmo tratamento tributário deferido ao clero e à nobreza, os quais desfrutavam de grandes privilégios que, no fim das contas, eram custeados por toda a população.

Esse panorama produziu, por óbvio, a insatisfação da classe burguesa, que embora tivesse ascendido à condição de dominante do ponto de vista econômico, era submissa às vontades do soberano, o qual ainda reunia poderes absolutos. Em razão disso, na Inglaterra, França e Estados Unidos, de formas variáveis e em momentos distintos, os “Antigos Regimes” foram sucedidos por um modelo de Estado no qual também os governantes se submetiam ao ordenamento jurídico, ou seja, em que o poder já não fosse das pessoas, mas de leis, sendo estas, e não as personalidades, as responsáveis por estruturar as ordens social e política. (BONAVIDES, 2012, p. 43).

Nesse contexto se dá o deslocamento da idéia de soberania do rei para o povo (ou nação)<sup>106</sup>, que passa, então, a ser considerado o titular de todo o poder (DALLARI, 2013 p. 89). Surge assim a idéia de Estado Constitucional, cujo desenho é estabelecido a partir dessa noção de soberania popular, à qual inclusive os governantes estariam subordinados. É essa noção, denominada pela doutrina de Constitucionalismo Moderno, que se cuidará de desenvolver a seguir, exatamente em razão de ser nesse contexto que surgem as primeiras normas disciplinando as marinhãs, instituto, como já mencionado, que precedeu o dos terrenos de marinha.

## **2.2. A origem do Constitucionalismo Moderno: Inglaterra, Estados Unidos e França.**

Embora com uma configuração distinta de Constituição, que não se encontra reunida em um documento escrito e único, a experiência inglesa contribuiu significativamente para a construção do fenômeno constitucionalista moderno, tanto que é considerada a sua matriz (DALLARI, 2010, p. 177).

A *Magna Charta*, que remonta ao ano de 1215, é tida como um marco do constitucionalismo britânico, uma vez que, após a unificação dos reinos anglo-saxões, foi o primeiro instrumento por meio do qual o soberano inglês se viu obrigado a reconhecer direitos à nobreza feudal, os quais se destinaram a resguardar a propriedade, a equidade na tributação, a liberdade religiosa, dentre outras garantias (BARROSO, 2011, p. 32). A ela também se atribui o início da concepção de parlamento como órgão de proposição e participação política,

---

<sup>106</sup> Somente num momento posterior, mais precisamente na segunda metade do século XIX e primeira do século XX, passa-se a considerar que a soberania é do Estado, e não do povo em si. A essa conclusão se chega em razão de se considerar a soberania como um direito, o que inviabilizaria que o povo, por não ser ente dotado de personalidade, fosse dele titular. Assim, o povo seria elemento integrante do conceito de Estado, sendo este último o titular da soberania, antes conferida ao monarca (absolutismo) e ao povo ou nação (primórdios do Constitucionalismo Moderno).

que, embora ainda sob o controle do soberano, passa a dividir com este o exercício das funções do Estado (NEUMANN, 2013, p. 131).

Dessa tensão entre monarquia e parlamento também resultaram outros instrumentos que importaram limitações aos poderes do soberano, incrementando, assim, a idéia de garantia dos cidadãos<sup>107</sup> contra atuações arbitrárias do poder estatal. Em 1628, foi elaborada a *Petition of Rights*, sendo mais tarde, em 1689, o monarca inglês submetido ao *Bill of Rights*, este último documento que inaugurou na Inglaterra um novo modelo de distribuição de poder firmado na supremacia do Parlamento (BARROSO, 2011, p. 33).

A noção de divisão e limitação dos poderes do Estado, bem como a concepção dos direitos individuais como liberdades públicas relacionadas ao *status negativus* (CANOTILHO, 2003, p. 395), podem ser apontadas como as principais contribuições da história constitucional inglesa para o Constitucionalismo Moderno, movimento que teve nesses ideais os seus fundamentos (MIRANDA, 2011, p. 162-163; BARROSO, 2011, p. 27; BONAVIDES, 2012, p. 43).

Nada obstante, embora a trajetória histórica do modelo inglês, dada a sua estabilidade, tenha inclusive prescindido de uma Constituição consolidada formalmente em um único instrumento, a fórmula adotada pelo Constitucionalismo Moderno, sobretudo nos movimentos constitucionais Americano e Francês, fortemente influenciados pelos ideais iluministas, exigia que o Estado fosse organizado com fundamento em um documento escrito, que estabelecesse a estrutura orgânica desse ente, bem como que dispusesse sobre sua forma de atuação. Essa exigência decorria da necessidade de se apontar expressamente as regras por meio das quais o Estado pautaria suas relações com os indivíduos, afastando-se as obscuridades do Regime Absolutista, de modo que se resguardasse o “povo” de qualquer intervenção indevida nas relações privadas. Objetivava-se, pois, a racionalidade e a segurança dessas normas de atuação do Estado, que seriam previamente conhecidas por todos.

Conforme leciona Canotilho (2003, p. 52), o Constitucionalismo Moderno se desenvolveu a partir de três dimensões fundamentais:

(1) ordenação jurídico-política plasmada em um documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de

---

<sup>107</sup> Conforme será aduzido de forma mais pormenorizada mais adiante, embora não houvesse exclusão expressa dos demais componentes do povo, esses direitos se destinaram, na prática, a uma pequena minoria nobre e proprietária de terras e outros bens, que teve, a partir de então, mecanismos de proteção contra a atuação estatal. Assim, não é apropriado afirmar que existisse uma conformação entre a definição de direitos dos cidadãos com a de direitos fundamentais, notadamente em razão de que àqueles falta o caráter universal que estes devem apresentar (SARLET, 2012, p. 41).

garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

Esse entendimento bem se conforma à idéia esculpida no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789 pela Assembléia Nacional Constituinte da França, cujo conteúdo afirma que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. O ideal constitucional se encontrava, portanto, necessariamente relacionado ao reconhecimento de direitos “inalienáveis”, os quais deveriam estar expressamente indicados no corpo de uma Constituição escrita.

A idéia de se contemplar o texto constitucional com uma declaração de direitos se justificaria pela necessidade de resguardá-los de eventuais vilipêndios estatais, já que, em tese, estariam protegidos pela hierarquia e rigidez dessa norma política<sup>108</sup>. Além disso, a consagração desses direitos em um documento sistematizado atendia aos ideais iluministas de racionalidade, que influenciaram de forma relevante as Revoluções do final de século XVIII.

E essas premissas foram observadas pelos movimentos constitucionais Americano e Francês, que trouxeram em seus textos constitucionais uma declaração de direitos.

A propósito, a Constituição Americana, em sua redação original, não chegou a contemplar uma declaração de direitos, o que se deveu principalmente ao fato de haver grandes divergências acerca da oportunidade de se dispor constitucionalmente acerca desse tema, bem como de qual deveria ser o conteúdo dos direitos eventualmente a serem consagrados no corpo da Lei Maior, notadamente com relação às questões relacionadas à abolição da escravidão, à igualdade, à liberdade religiosa, dentre outros. Destarte, para o fim de viabilizar a aprovação do texto da Constituição, foi rejeitada pela maioria dos Estados americanos a proposta de inclusão de um rol de direitos no corpo daquela norma.

Essa idéia, no entanto, não foi abandonada peremptoriamente, tanto que em 1791<sup>109</sup> foram promulgadas dez emendas à Constituição Americana, concebendo-se uma “Declaração de Direitos Individuais” que ficou conhecida como o *Bill of Rights* americano.

Na França, por sua vez, o caminho foi o inverso daquele percorrido nos Estados Unidos, sendo aprovada a Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão em 1789, antes mesmo de ser concebida a Constituição escrita nos moldes do Constitucionalismo Moderno.

---

<sup>108</sup> Não seria de todo correto atribuir o caráter jurídico à Constituição do modelo Liberal Clássico, sobretudo o adotado na França.

<sup>109</sup> As dez primeiras emendas foram aprovadas no I Congresso dos Estados Unidos, realizado em setembro de 1791, somente entrando em vigor no dia 15 de dezembro daquele mesmo ano (DALLARI, 2010, p. 278).

Norma da espécie somente foi elaborada pela Assembléia Constituinte Francesa em 1791, tendo incorporada ao seu preâmbulo a Declaração de Direitos anteriormente aprovada.

Vê-se, pois, que todos os ambientes constitucionais antes registrados aderiam à fórmula da positivação dos direitos individuais<sup>110</sup>. A Inglaterra o fez, como foi assinalado, em documentos esparsos e concebidos em períodos distintos, embora dotados de natureza constitucional. Os Estados Unidos e a França, que inauguraram o Constitucionalismo Moderno, optaram pela inclusão desses direitos no próprio corpo da Constituição, consagrando a idéia de direitos material e formalmente constitucionais (SARLET, 2012, p. 37). Também consagraram a concepção do Estado de Direito, que tem como premissa a submissão das funções estatais a certos condicionantes, ou seja, a idéia de que “jurisdição e Administração estão vinculadas às leis (...)” (KELSEN, 2012, p. 346).

É bem verdade que os modelos de organização dos poderes possuíram características distintas nos três países antes citados. Mas é incontroverso que, em todos eles, o Estado passou a ter seus poderes limitados por uma ordem jurídica (objetiva) que o precedia (FERREIRA FILHO, 2012, p. 90) e condicionava sua forma de atuação

### **2.3. A superação do Constitucionalismo do Estado Liberal Moderno.**

A superação do Regime Absolutista, com a definição de um novo modelo de Estado, firmado sob regras expressas que condicionavam e limitavam os seus poderes, bem como o reconhecimento de determinados direitos individuais, podem ser considerados os principais triunfos do Constitucionalismo Moderno. Nada obstante, o Estado Liberal estabeleceu-se firmado em premissas contraditórias e de convivência intranquilha, quiçá inviável. As expressões “liberdade” e “igualdade”, valores que se constituíram lema das Revoluções Americana e Francesa, exprimem significados que somente se harmonizaram casuisticamente nos discursos iniciais dos idealizadores daqueles movimentos. Aliás, acerca dessa questão, certamente uma das mais precisas análises foi feita pelo mais ilustre sergipano, o (dentre muitas outras coisas) jurista Tobias Barreto, ainda no século XIX<sup>111</sup>. Oportuno, destarte, transcrever trechos de *Um discurso em manga de camisa* (1926, p. 102-103):

---

<sup>110</sup> A opção pela expressão “direitos individuais” em lugar de “direitos fundamentais” deveu-se ao fato de que estes têm, hoje, uma amplitude bem maior que aqueles possuíam outrora. Embora o que fosse considerado no Constitucionalismo do Estado Liberal esteja hoje compreendido na concepção de “direitos fundamentais”, estes abrangem outros tantos direitos que em muito excedem aos incluídos na dimensão antes mencionada.

<sup>111</sup> A edição do livro referenciado é de 1926. No entanto, a obra foi escrita por Tobias Barreto em 1879, no município de Escada, Pernambuco. Isso demonstra que, antes mesmo de promulgada a primeira Constituição



Liberdade, igualdade e fraternidade, três palavras que se espantam de se acharem unidas, porque significam três coisas reciprocamente estranhas e contraditórias, principalmente as duas primeiras. (...)

Mas Antes de tudo – que a liberdade e a igualdade são contraditórias e se repelem-se mutuamente, não milita dúvida. (...)

A liberdade entregue a si mesma, à própria ação, produz naturalmente a desigualdade (...).

Já exauridos os fins a que se destinava o ideal de “igualdade”, que era principalmente a supressão de privilégios da nobreza e do clero nas questões tributárias e de participação no poder político, os teóricos revolucionários logo cuidaram de relativizar o conteúdo desse princípio, passando a justificar a desigualdade e entendê-la como aceitável e legítima, desde que decorrente de relações “estabelecidas e desenvolvidas com liberdade” (DALLARI, 2010, p. 104). Assim, o valor supremo do Estado Liberal, ao qual o ordenamento constitucional destinava a mais relevante proteção, era a liberdade, não se cogitando a tutela da Constituição sobre direitos de caráter social ou econômico, já que aquela norma não se constituía base jurídica das relações sociais (DALLARI, 2010, p. 100).

Esse distanciamento do Estado das relações sociais, aliado ao prestígio exacerbado da liberdade, terminou por fomentar o individualismo e o patrimonialismo, afastando a possibilidade de vingar, na prática, qualquer iniciativa de solidariedade, tanto que Dallari chega a mencionar a existência de um verdadeiro “culto da propriedade individual” (2010, p. 103). A consequência natural desses fatos foi a acentuação das desigualdades sociais, tal como asseverado por Tobias Barreto, o que foi propiciado, a bem da verdade, pela completa impossibilidade estrutural de o Estado Liberal evitar essa ocorrência, seja por vedação imposta pelo próprio modelo desenhado pelo ordenamento constitucional, seja pela inexistência de órgãos com incumbência de desenvolver atividades no campo social.

Esse panorama evidenciou que a amplitude até então outorgada aos direitos fundamentais, circunscritos à esfera das liberdades, terminava por comprometer a própria teleologia do instituto, na medida em que não obteve êxito no propósito de resguardar os valores mais elementares da natureza humana.

A lógica do pensamento liberal, de que a liberdade dos indivíduos para buscar o bem-estar próprio os conduziria à obtenção da máxima felicidade, conforme pensamento de Jeremy Bentham, referenciado por Dallari (2010, p. 118), desmontava-se a partir da constatação de que os mais pobres e os miseráveis jamais poderiam desfrutar efetivamente da

---

brasileira, que passou a adotar formalmente o modelo liberal clássico, aquele ilustre sergipano já advertia o mundo jurídico quanto à inconsistência do discurso de justificação daquela fórmula.

liberdade. Surgiram, assim, os que passaram a afirmar a insuficiência da circunscrição dos direitos fundamentais ao campo das liberdades públicas, proclamando a necessidade de que o tratamento dispensado a essa categoria de direitos fosse também estendido aos direitos econômicos, sociais e culturais (DALLARI, 2010, p. 142).

A aceitação desses argumentos conduziria, como efetivamente conduziu, à conclusão de que o Estado não poderia permanecer afastado do campo das relações sociais, impondo-se-lhe não mais limitar sua atuação à manutenção da ordem pública, mas a ter participação efetiva nas searas social e econômica, de modo a assegurar aos menos favorecidos os meios necessários a uma vida minimamente digna. Abandona-se, assim, a idéia de liberdade em seu aspecto meramente formal, passando ela a ser trabalhada sob a premissa da materialização e concretização (SARLET, 2012, p. 48).

Essas constatações, conjugadas a outras questões econômicas que não interessam diretamente ao tema proposto para o presente trabalho, puseram em cheque o modelo de Estado Liberal constituído desde o final da segunda metade do século XVIII.

#### **2.4. Do Constitucionalismo do Estado Social ao Neoliberalismo.**

O esgotamento do modelo Liberal Clássico de Estado se verificou no mundo como um todo somente após o final de II Grande Guerra, embora em muitos países essa ocorrência tenha se dado no início do século XX, a exemplo da extinta União Soviética.

A imersão do mundo num estado de beligerância com I Grande Guerra, a queda da bolsa de 1929, que ensejou a adoção de políticas intervencionistas do Estado na Economia a partir dos anos trinta, bem como um novo conflito global que se principiou ainda naquela década, foram eventos que terminaram por transformar o modo de atuação do Estado na Economia. Deixou ele de ser mero expectador da iniciativa privada, passando a ator principal do cenário econômico, assumindo a função de conduzi-lo, controlá-lo e também de nele atuar de forma preponderante (GRAU, 1998, p. 22).

A nova configuração de Estado exigiu, por óbvio, uma transformação também no sistema constitucional, consubstanciando o fenômeno que a doutrina intitulou de Constitucionalismo Social, cujas origens são tributadas às Constituições Mexicana de 1917 e Alemã (Weimar) de 1919. O modelo constitucional, a partir de então estabelecido, designou o Estado como efetivo participante das relações sociais, as quais se encontravam antes reservadas unicamente à esfera privada. Àquele ente se atribuiu, assim, a responsabilidade por ofertar aos indivíduos prestações positivas que lhes assegurassem condições de vida digna. Os

direitos sociais e econômicos são também elevados à condição de direitos fundamentais, recebendo a denominação de direitos fundamentais de segunda dimensão (ou geração), o que consubstanciou uma proteção adicional aos indivíduos, em relação àquelas antes conferidas pelo Estado Liberal Clássico.

Para o cumprimento dessas obrigações, a estrutura funcional do Estado também foi objeto de significativas alterações, passando ele a dispor de órgãos com atribuições voltadas à execução de políticas públicas destinadas a assegurar a fruição desses “novos direitos” pelos respectivos titulares. O Estado cresce, deixa de ser “mínimo” e passa a dispor de um aparelhamento que em tamanho muito excede ao do modelo Liberal, ao qual apenas incumbia, quase que exclusivamente, a defesa das ordens interna e externa, bem como, por óbvio, a arrecadação tributária. Assume ele, portanto, a papel de responsável imediato e direto pela realização dos direitos fundamentais.

A partir da década de 1980, contudo, a configuração do “Estado-provedor” passa a ser questionada de forma mais contundente. Segundo Barroso (2012, p. 89), as crises econômicas verificadas no mundo ocidental (capitalista) desde aquela década, infirmaram a eficácia do modelo social de Estado para promover a geração e distribuição de riquezas, bem como para a prestação de serviços públicos. Disso resultou que diversos países se voltaram ao discurso neoliberal, passando a propor a reformulação do papel do Estado, notadamente nos campos econômico e social.

Nesse processo teve especial relevância o Consenso de Washington (1989), que se constituiu num conjunto de medidas a serem adotadas por países em desenvolvimento, como requisito para o acesso às políticas de concessão de crédito pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). Dentre essas medidas se incluíam a diminuição dos gastos públicos, que deveriam se limitar às áreas de educação, saúde e infra-estrutura, propondo-se ainda a privatização de empresas estatais e a desregulamentação das relações econômicas e trabalhistas.

A reforma do Estado passa a ser apresentada como condição para que as economias dos países em desenvolvimento se ajustem ao cenário macroeconômico. Prega-se que o Estado deve ter diminuído seu tamanho, passando de interventor direto à condição de ente regulador do campo econômico-social, o que reacendeu o debate relacionado aos espaços que deveriam ser ocupados pelas esferas pública e privada.

Nada obstante, conforme adverte Sampaio (2013, p. 69), as crises econômicas que se verificaram na década de 1990 e também no início do século XXI, conjugadas às questões relacionadas aos campos social, alimentar e ambiental, reavivaram a dilema acerca do modelo

de Estado que estaria apto ao cumprimento dos seus fins. As consequências negativas para os países em desenvolvimento evidenciam o desacerto das propostas (imposições) neoliberais do Consenso de Washington<sup>112</sup>.

Mas, como Sampaio bem adverte, essa é uma história inconclusa, ainda em realização, de modo que somente outros, no futuro, poderão contar o seu desfecho.

## **2.5. O Constitucionalismo Contemporâneo<sup>113</sup> (“Neoconstitucionalismo”): a Constituição como ordem jurídica fundamental do Estado e da comunidade.**

O itinerário percorrido no segundo capítulo deste estudo conduziu ao presente ponto, quando por oportuna se coloca a indagação do modo como e da medida em que a Constituição se apresenta como informadora e conformadora de toda a atividade desenvolvida pelo Estado, e também pelos cidadãos no âmbito da comunidade.<sup>114</sup>

Ao longo de sua obra, que se dedicou primordialmente à questão da eficácia normativa da Constituição, Konrad Hesse afirma que “a Constituição é a ordem jurídica fundamental da comunidade” (HESSE, 2009-C, p. 86)<sup>115</sup>. Entretanto, a aceitação da Constituição como norma (também) jurídica é fenômeno cuja construção se iniciou a partir de

<sup>112</sup> Sobre essa questão, Streck (2013, p. 81-82) apresenta análise que reforça as conclusões de Sampaio, ao qualificar de desacerto as medidas propostas no Consenso de Washington: “E, assim, cumprimos à risca o chamado Consenso de Washington, um conjunto de dez regras que, se utilizadas pelos países periféricos, possibilitaria crescimento econômico e social, mas que, na verdade, se revelou o logro para manter as nações exploradoras e exploradas sob as mesmas condições. O economista sul-coerano Há-Joon Chag denunciou isso. Ele usa uma metáfora: de que os países centrais subiram (se desenvolveram) usando uma escada (o intervencionismo) e depois chutaram (com a ideologia neoliberal), impedindo que os países periféricos também a subissem. O entendimento do prêmio Nobel de economia Joseph Stiglitz é no mesmo sentido. Para ele, um dos motivos de sucesso dos chamados ‘Tigres Asiáticos’ e da China foi não terem se dobrado ao referido consenso. Vinte anos depois, temos pobreza e baixo desenvolvimento em toda a região que o adotou e forte crescimento econômico nos países que se protegeram do plano pretensamente bondoso de Washington.” E Streck prossegue apresentado dados para corroborar suas conclusões. Para aprofundamento de tema, remetemos o leitor àquela obra: STRECK, 2013, p. 78-83

<sup>113</sup> Imperioso aqui manifestar que temos preferência pela expressão “Constitucionalismo Contemporâneo” em vez do vocábulo “neoconstitucionalismo”. A propósito dessa questão, Lenio Luiz Streck (2014, p. 46-47) sustenta que o termo “neoconstitucionalismo” dá ensejo a ambigüidades e equívocos, notadamente por remeter à idéia de que se trata de um constitucionalismo decorrente da superação de um modelo anterior, e não de um processo de continuidade e desenvolvimento que agregou novos elementos aos movimentos anteriores. A expressão “neoconstitucionalismo” também foi objeto de crítica semelhante apresentada pelo professor José Afonso da Silva (2014, p. 72-74), ao sustentar a desnecessidade de utilização desse conceito, o que fez em razão de considerar que o fenômeno constitucionalista é dinâmico e que se enriquece na medida em que novos direitos fundamentais e institutos são incorporados à Constituição, sem que de igual modo se cogite a superação (integral) do modelo anterior de constitucionalismo.

<sup>114</sup> Há de se consignar, contudo, que ao presente estudo interessa mais propriamente a potência que ostentam as normas constitucionais para regular a atuação do Estado, notadamente quando este ente se relaciona com os indivíduos. Assim, a denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2012, p. 523) não será objeto de apreciação específica nesta pesquisa.

<sup>115</sup> O mesmo conceito é também apresentando no escrito Constituição e Direito Constitucional (HESSE, 2009-C, p. 7).

meados do século XX , mas que ainda se constrói, já que não se pode afirmá-lo como concluído.

Em 1862, ao proferir conferência sobre o que seria a essência de uma Constituição, Fernand Lassalle refuta os conceitos de Constituição apresentados pelos juristas de então, no sentido de que a Constituição seria “a lei fundamental proclamada pelo país, na qual baseia-se a organização do Direito Público dessa nação” (1993, p. 10). Em sentido bem diverso, Lassalle (1933, p. 30) afirmava que a Constituição de um país seria o resultado da “soma dos fatores reais de poder” que o regem. Após lançados em uma “folha de papel”, esse resultado se converteria em uma Constituição jurídica, de modo a justificar a eventual punição daqueles que eventualmente atentassem contra as instituições construídas a partir da vontade daqueles “fatores reais de poder”.

Para Lassalle, a Constituição teria um sentido sociológico (SILVA, 2012, p. 22; \_\_\_\_\_, 2014, p. 151; BULOS, 2007, p. 30), prestando-se aos serviços das classes dominantes, detentoras de poder político suficiente para converter em Direito (“folha de papel”) a tutela de seus interesses.

Os doutrinadores do Direito Constitucional também fazem referência à concepção política de Constituição, apontando Carl Schmitt como seu principal teórico. Segundo o professor José Afonso da Silva (2012, p. 26-28; 2014, p. 156-159), Schmitt consideraria a Constituição como decisão política fundamental. Após promover a investigação dos sentidos do vocábulo “Constituição”, Schmitt teria concluído ser necessário distinguir os conceitos de “Constituição” e de “lei constitucional”, para o fim de designar como compreendidos naquele primeiro conceito (Constituição) apenas as normas relativas às questões de “grande relevância política”, em especial que dispõem sobre a estrutura e os órgãos independentes do Estado, a definição de direitos fundamentais e os preceitos destinados à regulação de vida democrática.

Em contraposição ao sentido sociológico inicialmente apresentado, defende Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito, que a Constituição possui caráter de norma jurídica. Advogando em favor da concepção jurídica de Constituição, Kelsen (2012, p. 2) propõe o enquadramento das ciências jurídicas no âmbito das ciências da natureza, o que importaria o distanciamento de “conteúdos ético-jurídicos, político-sociais ou político-econômicos e dos fins dos preceitos jurídicos” (MACHADO, 2009, p. 11).

O Direito, como ciência pretensamente “pura” (KELSEN, 2009, p. 119), deveria se ocupar apenas daquilo que se circunscrevia ao seu objeto, abstendo-se de adentrar em qualquer debate acerca de questões morais. E a propósito da questão do objeto do Direito,

estaria ele limitado às normas jurídicas, e nada mais que isso, pois Kelsen pretendia uma “aproximação quase plena entre Direito e norma” (BARROSO, 2012, p. 265)

A partir da Teoria Dinâmica do Direito, as normas jurídicas seriam fundamentadas em normas superiores, conclusão que se extrai da formulação Kelsiana no sentido de que a ordem jurídica não se encontra construída a partir de normas que se situam em um mesmo plano (KELSEN, 2012, p. 80), mas que são dispostas em uma estrutura escalonada, estando colocada no patamar mais superior a norma fundamental hipotética (KELSEN, 2012, p. 247), na qual todas as demais, como última razão, devem encontrar fundamento de validade. Daí a razão de a doutrina se referir ao pensamento de Kelsen como juspositivismo normativista, sendo ele principal expoente desta corrente (PESSOA, ano 2009, p. 37).

Fixadas essas premissas, Kelsen (2012, p. 222) assinala que a expressão Constituição deve ser tomada em dois sentidos: o lógico-jurídico e o jurídico-positivo. No primeiro, equivaleria à norma hipotética fundamental, que teria por escopo “fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva” (KELSEN, 2012, p. 226). Em outros termos: seria a norma pressuposta (e não posta).

No jurídico-positivo, a Constituição é entendida, num “sentido material”, como a “norma positiva ou normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”. Já no sentido formal, seria:

(...) um documento designado como ‘Constituição que – como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. (KELSEN, 2012, p. 247).

O positivismo jurídico, que tem na Teoria Pura do Direito de Kelsen a formulação teórica de maior importância, permaneceu como pensamento dominante da cultura jurídica por mais de um século, tanto que a maioria dos juristas o adotou como marco filosófico (BOBBIO, 1995, p. 233).

Não se negue que o juspositivismo teve inúmeros méritos, dos quais cabe ressaltar a consolidação do Direito como ciência, enfatizando que suas posições devem ser formuladas a partir de uma racionalidade objetiva. No entanto, aderindo aos fundamentos de José Afonso da Silva (2014, p. 161) e José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 185), há de se dizer que o excessivo formalismo da concepção normativista do Direito, dentre outras coisas, foi um ponto nodal da teoria de Kelsen, o que se evidenciou notadamente no campo do Direito

Constitucional, em que se mostra imperiosa a existência de permanente interação com questões sociais, políticas e ideológicas, ou seja, a transdisciplinaridade.

E é invocando mais uma vez a lição de Konrad Hesse (2009-E, p. 137), no sentido de que é em tempos difíceis que a Constituição normativa se submete a “prova de força”, que se justifica a conclusão de que o juspositivismo não logrou êxito no seu teste decisivo. As atrocidades praticadas pelos regimes totalitários que compunham o Eixo durante a Segunda Guerra Mundial, em especial o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha, evidenciaram o insucesso do positivismo jurídico, ao menos em sua feição mais ortodoxa<sup>116</sup>, como instrumento de garantia dos direitos fundamentais. Tudo o quanto se praticou de barbárie enquanto duraram aqueles regimes, notadamente a extinção de vidas humanas, foi realizado sobre o “firme” (para os positivos) fundamento das leis do Estado.

A Constituição, que pela concepção jurídica de Kelsen deveria se prestar sobretudo a regular a produção de normas jurídicas gerais, terminou por “justificar”, do ponto de vista legal, a prática indiscriminada do genocídio, na medida em que atribuiu competência para edição de leis e disciplinou o processo legislativo dos regimes antes citados. É tanto que todos os acusados<sup>117</sup> de cometimento de crimes contra a humanidade, quando submetidos ao julgamento de Nuremberg, apresentaram como argumento principal de defesa “o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.” (BARROSO, 2012, p. 264).

Sobre outro prisma, a concepção débil de democracia, tomada esta como sendo apenas o ideal de “governo da maioria”, também “justificou” de certo modo a ocorrência de tais crimes, pois é inegável que as medidas de extermínio de judeus e de outras minorias contaram com a aprovação das majorias dominantes nos países do Eixo, tanto que abundam os vídeos e áudios de multidões aplaudindo os discursos de ódio e discriminação proferidos por Hitler e Mussolini.

O panorama mundial do pós-guerra evidenciou a premente necessidade de se reaproximar a ciência jurídica dos valores morais, afastando o dogma positivista de que ao

---

<sup>116</sup> Para os positivistas ortodoxos, a atividade interpretativa, por exemplo, desenvolve-se com o propósito único de revelar o conteúdo das normas gerais que integram determinada ordem jurídica. A partir dessa “teoria da interpretação mecanicista”, a atividade do jurista deve fazer prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo do direito (BOBBIO, 1999, p. 133). No entanto, conforme preciosa lição de Flávia Pessoa (2009, p. 38), Kelsen admite que a jurisprudência também realiza ato produção do Direito, na medida em que, a partir de um texto normativo utilizado como moldura (norma geral), extrai uma norma jurídica individual, qual seja, a sentença ou decisão judicial.

<sup>117</sup> É imperioso consignar que somente foram postos nesta condição aqueles criminosos que pertenciam às nações do Eixo, mesmo que seja fato notório que também os aliados praticaram crimes da mesma natureza no conflito bélico em questão.

Direito interessaria somente o conceito de norma jurídica (FERREIRA FILHO, 2012, p. 114). A partir de então, segundo leciona Barroso (2012, p. 270), “a ética e os valores começam a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo.”.

Nessa linha de pensamento, Barroso (2012, p. 270) prossegue afirmando:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade e tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.

E como preceito supremo do ordenamento constitucional foi colocada a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana (HESSE, 2009-A, p. 7), como se o Direito, que antes entronizava a norma jurídica, agora se ressentisse por ter negligenciado esse valor a partir de então colocado como “princípio maior do constitucionalismo contemporâneo” (JACINTHO, 2009, p. 89).

Diante do fracasso das leis quanto ao cumprimento dos compromissos mais elementares assumidos pelo Estado, impunha-se agora que a própria Constituição se dispusesse a adimpli-los. “O Estado *Legislativo* de Direito deveria ceder espaço ao Estado *Constitucional* de Direito (...)” (BARBOSA, 2013, p. 254). A Constituição passa, então, a ser enxergada como reserva de justiça<sup>118</sup>, não somente com o escopo de estruturar o Estado, mas de principalmente “assegurar os direitos fundamentais” (SAMPAIO, 2013, p. 185).

A Constituição foi, portanto, “redescoberta” pelos pensadores jurídicos ou, melhor dizendo, foi “retirada do exílio”, deixando de ser considerada apenas como fonte que confere validade às demais normas jurídicas, passando ela própria a conter comandos normativos dotados de eficácia (SAMPAIO, 2013, p. 183). Agora, sim, chega-se ao contexto que justificou a afirmação de Hesse transcrita nos parágrafos iniciais deste capítulo, no sentido de que a “Constituição é a ordem jurídica fundamental da comunidade”, dotada de eficácia para, sem a escora da legislação infraconstitucional, produzir a conformação na realidade sócio-política.

Hesse (2009-E, p. 128), no entanto, adverte que as normas constitucionais não dispõem de “existência autônoma em face da realidade social”, de modo que a pretensão de

<sup>118</sup> Para Kelsen (2009, p. 41; 1998, p. 1), diferentemente do que propõe os teóricos do Constitucionalismo contemporâneo, “Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral”.



eficácia daquelas normas deve considerar as possibilidades de sua realização (naturais, técnicas econômicas e sociais). Assim, a força normativa da Constituição será tanto maior quanto mais seu conteúdo corresponder às condições reais de determinado momento histórico da comunidade (HESSE, 2009-E, p. 133), ou seja, da conformação material de suas normas à realidade social.

A otimização da força normativa dependerá também da práxis constitucional, que pode ser compreendida como aplicabilidade constitucional, estando relacionada ao compartilhamento da “vontade de Constituição” pelos partícipes da vida constitucional. E sobre o que seria essa “vontade de Constituição”, Hesse (2009-E, p. 133) faz a seguinte exposição:

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside também na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

Hesse (2009-E, p. 136-137) também ressalta que a “interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”, uma vez que a aplicação do princípio da “ótima concretização da norma” (constitucional) não pode se dar a partir dos meios de subsunção lógica. Nesse panorama, parte da doutrina sustenta a necessidade de uma “nova hermenêutica” (BONAVIDES, 2012, p. 503-527; JACINTHO, 2009, p. 224-227), a qual se disponha com êxito a, além de evidenciar o conteúdo dos preceitos contidos no texto constitucional, oferecer os instrumentos necessários à concretização das normas dele decorrentes.

A propriedade da afirmação de Hesse quanto à importância da interpretação constitucional mais se revela ao se constatar a elevação do prestígio dos princípios como normas jurídicas. Nas palavras de Cardoso (2011, p. 193), “Os princípios passam a ser categorizados como espécie normativa, e não mais como mandamentos nucleares propostos ou sistematizados pela dogmática.” Se outrora eram considerados “meras pautas programáticas supralegais”, doravante são “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES 2012, p. 272-273).

Sem pretender ingressar no debate que se propõe analisar a distinção entre regras e princípios<sup>119</sup>, bem como na controvérsia acerca da eficácia das propostas metodológicas apresentadas para solução do problema de aplicação desta última espécie normativa<sup>120</sup>, é imperioso consignar que a elevação dos princípios à categoria de normas dotadas de eficácia jurídica ensejou o desenvolvimento de novos instrumentos de aplicação do Direito, uma vez que o silogismo lógico proposto por Kelsen e os métodos de interpretação sistematizados por Savigny se mostraram insuficientes para o propósito de revelar o conteúdo e, sobretudo, para viabilizar a concretização das normas constitucionais.

Como leciona Barroso (2012, p. 334), embora dotados de eficácia normativa, “princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios”. Não são eles, por conseguinte, concebidos de uma maneira que permita fixar prévia, abstrata e complementemente o seu conteúdo.

A propósito do tema, e invocando mais uma vez a inteligência do professor Ayres Britto (2003, p. 171), os princípios são dotados de uma estrutura conceitual que se divide entre o presente e o futuro. E neste sentido afirma:

A parte atual é de pronto formada com os dados-de-compreensão que afloram da própria tecnicidade constitucional, sem a necessidade de o intérprete recorrer a elementos de compreensão que se situem no plano do sistema social genérico (sistema político, econômico, militar, moral, religioso, familiar, etc.). A parte futura é aquela que vai buscar o seu conceito no modo como o povo passa a sentir e praticar o discurso normativo-constitucional ao longo do tempo. Logo é uma parte vocacionada para a mutabilidade, enquanto que a outra, para a mutabilidade.

E prossegue reforçando:

O que estamos a enfatizar é que determinados princípios têm uma parte de si como janelas abertas para o porvir, dotando a Constituição de plasticidade para se adaptar ao modo social de conceber e experimentar a vida. Eles fazem da Constituição um documento processual por excelência e o que é o processo? Um seguir adiante, uma caminhar para frente, como é da natureza da vida mesma.

Essas lições apontam para uma outra utilidade da interpretação, que além revelar e concretizar o Direito, também se destina a mantê-lo atualizado e estável. Segundo Hesse (2009-E, p. 136), é a interpretação que, realizada adequadamente, “consegue concretizar, de

<sup>119</sup> Para aprofundamento do tema: DWORKIN, 2010, p. 35-46; ALEXY, 2012, p. 106-108; CARDOSO, 2011, p. 197-205; e JACINTHO, 2009, p. 62-67.

<sup>120</sup> Para aprofundamento do tema do Direito como discurso argumentativo: DWORKIN, 2010; ALEXY, 2011; \_\_\_\_\_, 2012; CARDOSO, 2011; ATIENZA, 2014; ÁVILA (2013); SILVA, 2012; \_\_\_\_\_, 2014; GRAU, (2013-B).

forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” Ou seja, é a interpretação que permite aferir o modo como as alterações fáticas, verificadas num determinado contexto histórico, devem significar uma modificação no conteúdo da norma<sup>121</sup>.

E ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a modificação do sentido das normas contidas na Constituição, ao invés de fragilizá-la, termina por reforçá-la, na medida em que torna seus preceitos consentâneos com a realidade ou, em outros termos, “em dia com os fatos sociais” (BRITTO, 2003, p. 174). É exatamente essa conformação com a realidade que robustece a normatividade da Constituição (HESSE, 2009-E, p. 132).

Além disso, a atualização do conteúdo material da Constituição por meio da interpretação, representa também uma garantia da estabilidade do conteúdo formal. Desde que suficiente à manutenção do sentido de uma proposição normativa (enunciado, texto, disposição), a interpretação deve sempre preceder às iniciativas de alteração formal da Constituição. É o que se denomina de mutação constitucional<sup>122</sup>, que se opera em decorrência do que a doutrina convencionou chamar de poder constituinte difuso<sup>123</sup>.

A importância dada à interpretação terminou inevitavelmente por realçar o papel do intérprete na construção do Direito. Se antes, com o prestígio da lei, a criação do Direito era tarefa que incumbia quase que exclusivamente àqueles órgãos que detivessem competência para legislar, a partir de então se reserva ao intérprete uma posição de maior prestígio. Com isso, ao menos no campo do Direito Constitucional, o centro do sistema de conhecimento do Direito se desloca do Poder Legislativo<sup>124</sup> para os órgãos do Poder Judiciário com competência para decidir sobre matérias constitucionais<sup>125</sup>, subvertendo a ordem estabelecida pelo Constitucionalismo Moderno.

<sup>121</sup> Oportuno, aqui, referenciar a distinção entre texto e norma apresenta por Humberto Ávila (2013, p. 330), para quem “Normas não são texto nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.” No mesmo sentido é também o entendimento de Eros Grau (2013, p. 39), que afirma: “As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem. Passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – sejam transformados em normas)”

<sup>122</sup> Para aprofundamento do tema: MOREIRA, 2012, p. 91-104; KUBLISCKAS, 2009, p. 68-156, 218-261.

<sup>123</sup> Bulos, referindo-se à definição de poder constituinte difuso elaborada por Georges Burdeau, esclarece que se trata de um poder de fato, na medida em se relacionada com os *fatores sociais* cambiantes (1998, p. 41), que ensejam a mutação constitucional. Este fenômeno (mutação constitucional) é definido como “processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais” (1996, p. 37).

<sup>124</sup> Importante ressaltar que aqui a referência é feita ao Poder Legislativo, que é cosia bem distinta do Poder Constituinte. O Poder Legislativo, tanto como o Poder Judiciário, é poder constituído ao qual não foi conferida a guarda da Constituição.

<sup>125</sup> O Brasil, como se sabe, adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, deferindo a todos os seus órgãos jurisdicionais a competência para conhecer questões de cunho constitucional. No entanto, com

Destarte, o Constitucionalismo Contemporâneo, conforme este mesmo Autor já teve a oportunidade de asseverar (DANTAS, 2013, p. 185),

(...) impulsiona a jurisdição constitucional para muito além do controle de constitucionalidade concebido por Kelsen, no qual incumbe ao tribunal constitucional funcionar como mero ‘legislador negativo’ (1928, p. 150-154), retirando do ordenamento jurídico as normas infraconstitucionais incompatíveis com o texto constitucional. A partir da compreensão e aceitação do caráter normativo da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1.226; BONAVIDES, 2012, p. 244), que deixa de ser considerada apenas como documento político, e assume definitiva e irrevogavelmente a condição de “lei ou conjunto de leis” (BONAVIDES, 2012, p. 245) com densidade suficiente a dispensar complemento para serem materializadas, impõe-se ao Judiciário o mister de funcionar também como concretizador dos preceitos constitucionais.

E se encaminhando para o final desta seção, oportuno referenciar mais uma vez Barroso (2005, p. 15), que com maestria sintetiza a definição e características do Constitucionalismo Contemporâneo, que ele chama de “Neoconstitucionalismo”:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

A compreensão das normas constitucionais como ordens fundamentais da comunidade foi resultado dessa nova feição de Constitucionalismo, que reforçou a normatividade e a supremacia da Constituição, tanto no aspecto formal como, principalmente, em um sentido material.

Esse revigoramento da Constituição foi de tal modo elevado que não se limitou a promover a reconstrução dos paradigmas internos do ambiente constitucional. Mais que isso, expandiu-se para todo do sistema jurídico, provocando o fenômeno que a doutrina denomina de *constitucionalização do direito* (SAMPAIO, 2013, p. 180)

---

relação à Constituição de 1988, somente o Supremo tribunal Federal realiza o controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, aquele cujas decisões têm efeitos vinculantes e eficácia perante todos. Os demais órgãos jurisdicionais, de outro modo, realizam o controle difuso de constitucionalidade, tendo suas decisões eficácia limitada às partes do respectivo processo.

E sendo o Direito Administrativo ramo dos mais próximos (senão o mais) ao do Direito Constitucional<sup>126</sup>, a análise deste fenômeno interessa sobremaneira ao presente estudo, na medida em que orientará a proposição de alterações de determinados paradigmas adotados na realização da atividade demarcatória dos terrenos de marinha.

A próxima seção, assim, será dedicada à apresentação do modelo constitucional vigente no país, contextualizando o Brasil nesta trajetória do Constitucionalismo. Daí se seguirá à análise de como o Direito Administrativo foi *contaminado* e transformado em decorrência desse novo momento constitucional, conferindo-se especial atenção aos aspectos que interessam ao objeto desta pesquisa.

## **2.6. O modelo constitucional brasileiro, a Constitucionalização e as transformações do Direito Administrativo.**

O Estado brasileiro reorganizado pela CB/1988 adotou um modelo que muito excede aquele conformado aos preceitos do constitucionalismo entendido em sua acepção clássica liberal. Considerado como analítico, o texto constitucional apresentou extenso rol de direitos e garantias fundamentais, enumerando-os (de forma não exaustiva, ressalte-se) logo nos seus artigos iniciais, o que representou uma inovação em relação à topografia adotada nas Constituições anteriores<sup>127</sup>.

Ao assim proceder, o Poder Constituinte ratificou o compromisso já anunciado no Preâmbulo da Constituição, no sentido de que o “Estado Democrático” então constituído se destinaria a “(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos (...)”. A Constituição Brasileira de 1988 (CB/1988), por conseguinte, reaproximou o Estado da experiência democrática, bem como firmou o inequívoco compromisso de dar plena efetividade aos direitos e garantias fundamentais, estes que tiveram seu significado ampliado para muito além da concepção liberal de direitos individuais indisponíveis e liberdades públicas.

Em seu texto, a CB/1988 contemplou a regulação de matérias que muito excedem ao simples desenho estrutural do Estado, bem como ao estabelecimento dos direitos e garantias

---

<sup>126</sup> Themistocles Brandão Cavalcanti (1948, p. 1) inaugura o seu Tratado de Direito Administrativo com a seguinte advertência: “O estudo do Direito Administrativo pressupõe, antes de tudo, o conhecimento geral da estrutura do Estado e de sua organização constitucional.”

<sup>127</sup> Nas constituições anteriores à CF/1998, as disposições relativas aos direitos individuais somente constavam depois de todas as que tratavam da organização do Estado e da disciplina dos direitos políticos.

fundamentais. Nesse mister, optou o Poder Constituinte por apontar as diretrizes de todo o ordenamento jurídico, de modo que todo o direito “ordinário”<sup>128</sup> passou a ser significativamente influenciado pelo conteúdo das normas constitucionais. É a já anunciada *constitucionalização do direito*.

Segundo Barroso (2005, p. 6), a constitucionalização do direito “(...) está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.” Por conseguinte, o fenômeno não se limita à idéia de o texto da Lei Maior contemplar formalmente a regulação de assuntos que não tenham materialmente a natureza de normas constitucionais. Mais que isso, a constitucionalização do direito quer dizer (também) que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado e ter seus enunciados aplicados com observância dos preceitos esculpidos na Constituição, do que decorre a lógica conclusão de que esse fenômeno se manifesta notadamente no momento de aplicação do direito.

No campo do Direito Administrativo, a Constituição de 1988 dedicou todo o Capítulo VII, do Título III, que trata “Da Organização do Estado”, estabelecendo vasto regramento sobre diversos aspectos relacionados à função administrativa do Estado. A propósito, inovou ao veicular princípios expressos destinados a regular a atuação da Administração Pública, incluindo-se aí todos os Poderes constituídos, não somente da União, mas também dos demais entes federativos. Além disso, cuidou a Constituição de estabelecer minucioso regramento sobre o regime jurídico dos cargos e empregos públicos, tanto que há quem afirme se tratar de verdadeiro “estatuto dos servidores públicos” (BARROSO, 2005, p. 11).

A Constituição de 1988, outrossim, instituiu um modelo de Estado comprometido com diversas prestações às quais conferiu o *status* de fundamentalidade. Por conseguinte, terminou por impor ao Estado a necessidade de se estruturar de modo que se tornasse viável ofertar aos cidadãos os bens e serviços necessários à realização daqueles direitos.

No que se refere à intervenção do Estado no domínio econômico, embora a CB/1988 tenha consagrado expressamente o princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da República<sup>129</sup>, impôs àquela entidade a obrigação de atuar diretamente na economia, nos casos excepcionalmente catalogados em seu texto, bem como de intervir de forma indireta por meio dos mecanismos da regulação e fomento.

---

<sup>128</sup> A expressão aqui equivale, na lição de Canotilho (2003, p. 1149), ao direito infraconstitucional.

<sup>129</sup> A livre iniciativa é reconhecida expressamente como fundamento da República no art. 1.º, inciso IV, da Constituição de 1988, assim como no *caput* do art. 170, desse mesmo diploma.

Mas não foi só por veicular extenso rol de regramentos destinados a ordenar as atividades da Administração Pública, bem como por conceber um modelo de Estado com obrigações positivas em relação aos cidadãos ou, ainda, incumbido de atuar ou intervir no domínio econômico, que a Constituição de 1988 influenciou significativamente o Direito Administrativo. Além dos já referenciados princípios setoriais estabelecidos no *caput* do art. 37, da CB/1988, há outros tantos, explícitos ou implícitos, que de igual modo informam a atividade administrativa do Estado. Cite-se, exemplificativamente, a expressa disposição que determina a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa também aos litigantes em processos administrativos, a obrigação de o Estado prover a defesa dos consumidores, dentre outras tantos preceitos constitucionais que condicionam a atuação administrativa do Estado.

O modelo de Estado, (re)inaugurado pela Constituição de 1988, terminou por alterar substancialmente a forma como aquele ente deveria, a partir de então, relacionar-se com os indivíduos. Em função disso, diversos institutos do Direito Administrativo passaram e ainda experimentam uma “substantiva renovação” (BAPTISTA, 2003, p. 31), a qual é informada pelos novos preceitos fundamentais da ordem constitucional vigente. Como uma das consequências do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo tem-se a “reformulação de paradigmas tradicionais” (BARROSO, 2005, p. 12), com a alteração substancial do regime jurídico administrativo.

## **2.7. Os “novos” condicionantes do Regime Jurídico Administrativo.**

Os particulares, nos negócios jurídicos de que participam, têm suas condutas pautadas pelo primado da igualdade, que, em princípio, nivela em um mesmo plano todos os envolvidos em determinada avença. Diz-se que essas relações são disciplinadas pelo regime jurídico privado, que não concede, como regra<sup>130</sup>, privilégios a nenhum dos polos da relação jurídica. Desenvolvem-se, pois, sob a égide da igualdade formal.

No caso da Administração Pública, mesmo quando atua por meio das pessoas jurídicas de direito público, podem elas também se submeter, embora jamais exclusivamente, a regras desse regime jurídico de direito privado. Isso ocorre, por exemplo, quando adquire

---

<sup>130</sup> A ressalva é necessária em razão de que, havendo causa excepcional que justifique a concessão de determinados privilégios, pode a lei estabelecer distinções necessárias a resguardar a igualdade material. Referencie-se, a propósito, os instrumentos de proteção ao consumidor hipossuficiente, como, por exemplo, a inversão do ônus probatório (art. 6.º, VIII, da lei 8.078/1990). Cite-se, ainda, a concessão de prazos privilegiados aos litigantes assistidos por defensores públicos ou dativos (art. 5.º, §5.º, da Lei n.º 1060/1950).

determinado bem imóvel por meio de contrato de compra e venda, o qual, para ter validade e poder ser submetido à transcrição perante o cartório de registro imobiliário respectivo, deve observar as formalidades estabelecidas no Código Civil. A Administração Pública também se sujeitará às regras do regime privado quando intentar alugar um imóvel para nele instalar determinado órgão público. Nesses casos, a Administração irá se relacionar com o outro contratante tendo sua atividade informada pela igualdade de condições, sem que possa se valer, como regra<sup>131</sup>, de prerrogativas que importem a mitigação desse nivelamento formal entre as partes do contrato. A bilateralidade é, assim, a regra vigente no regime privado, ficando limitada a situações excepcionais a possibilidade de utilização de poder de império pela Administração.

Em outras circunstâncias, a Administração Pública atua vinculada por regramentos distintos daqueles que disciplinam a atividade dos particulares em geral. Essa diferenciação tem como fundamento o fato de a Administração Pública tutelar direitos e interesses que não lhe são próprios, mas, de outro modo, são titularizados por todos os indivíduos reunidos em sociedade. Em razão de tanto, não podendo a Administração dispor de tais direitos e interesses, sua atuação se submete a preceitos mais rígidos que aqueles aos quais estão subordinados os particulares.

A Administração Pública se vincula a ambos os regimes antes mencionados, de modo que a expressão Regime Jurídico *da* Administração Pública se presta a designar o conjunto daqueles dois regimes (DI PIETRO, 2004, p. 64). Ao regime tratado no parágrafo anterior, no qual a atuação da Administração Pública encontra balizas mais estreitas, dá-se o nome de Regime Jurídico Administrativo, que é, portanto, menos amplo que o conceito de Regime Jurídico *da* Administração Pública.

Mais uma vez recorrendo à lição da professora Di Pietro (2004, p. 64)., temos que o Regime Jurídico Administrativo se refere:

(...) ao conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, na relação jurídico-administrativa.

Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições.

Essas prerrogativas mencionadas na definição de Di Pietro remetem à idéia de que à Administração se outorga tratamento privilegiado, distinto, portanto, do que é dispensado aos

---

<sup>131</sup> Também neste caso a ressalva é necessária, uma vez que determinadas circunstâncias, notadamente em conformidade com o princípio da continuidade dos serviços públicos, poderão autorizar a outorga de tratamento diferenciado à Administração Pública.



particulares em geral. Essas distinções se justificam em razão de ser a Administração Pública responsável pela tutela de interesses da coletividade. Fundamentam-se na lógica da preponderância do interesse público em face do particular.

Da noção de sujeição, elemento também compreendido na definição de Regime Jurídico Administrativo apresentada pela professora Di Pietro, decorre a conclusão de a Administração se vincular a condicionantes mais estreitas, que lhe excluem ou limitam a discricionariedade quanto ao modo de atuação.

Exemplo disso se verifica em relação ao conteúdo do princípio da legalidade. Em decorrência dele, consoante dispõe o art. 5.º, II, da CB/1988, aos particulares somente se pode impor restrições às suas liberdades por meio de lei em sentido estrito, ou seja, podem eles fazer tudo o que não lhes seja proibido por lei. Já em relação à Administração Pública, o princípio da legalidade funciona como pressuposto e condicionante, na medida em que somente quando autorizada por lei poderá ela atuar. Além disso, deve esta lei também fixar as condições e limites para a atuação da Administração, que não poderá avançar além destes.

A respeito do princípio da legalidade, é oportuna a advertência de que a alteração substancial do modelo constitucional produziu também reflexos na forma como deve ser ele compreendido. Partindo da noção de supremacia e força normativa da Constituição, norma que no atual momento do Constitucionalismo brasileiro não é apenas considerada como documento político, mas também norma jurídica com densidade suficiente a dispensar complemento legislativo para ser materializada (CUNHA JÚNIOR, 2010-A, p. 35), impõe-se ao administrador público pautar sua conduta com observância inexorável aos preceitos constitucionais (MEDAUAR, 2003, p. 149).

A Administração Pública deve, por óbvio, também obediência à lei em sentido estrito, mas essa vinculação passa a se condicionar a um exame de validade, que é exatamente a conformação desta às normas constitucionais. A Constituição, assim, apresenta-se no plano normativo como a principal fonte primária do Direito Administrativo, o que, como consectário lógico, faz de seus preceitos o referencial imediato de comportamento dos agentes públicos.

Acerca dessa questão, oportuno referenciar a esclarecedora lição de Luis Roberto Barroso (2012, p. 399):

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da

legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

A Professora Patrícia Baptista (2003, p. 108) também apresenta argumentos que justificariam a adoção de uma nova feição para o princípio em referência, notadamente em razão do processo de reconstrução de seu conteúdo a partir da promulgação da CB/1988. Os fundamentos para tanto são sintetizados nos seguintes termos:

O princípio da legalidade ganha, assim, a conotação de um princípio da juridicidade. Não sendo possível a inteira programação legal da Administração Pública contemporânea, é forçoso, contudo, mantê-la totalmente subordinada aos princípios e regras do ordenamento jurídico, especialmente do ordenamento constitucional.

Assim, quando se trata aqui do princípio da legalidade, empresta-se a esta expressão um sentido mais amplo do que outrora possuía, de modo a nele compreender a Constituição em primeiro patamar e, abaixo desta, a legislação infraconstitucional.

O Regime Jurídico Administrativo também foi alterado para o fim de relativizar a idéia de verticalidade nas relações mantidas entre a Administração Pública e o particular. Informado bem de perto pelo princípio democrático, o Regime Jurídico Administrativo passa admitir, e em alguns casos a impor, que o consenso seja o elemento condutor das relações entre o Estado e os cidadãos, afastando o dogma da unilateralidade tão festejada durante o período (longo) em que o ato administrativo permaneceu como instrumento soberano de atuação da Administração Pública. Exemplo dessa nova diretriz constitucional é a disposição constante no §3.º, do art. 37, da Constituição de 1988, que remete à lei a disciplina “de participação do usuário na administração pública direta e indireta”, notadamente em aspectos relacionados à prestação de serviços públicos, à publicidade dos atos da Administração, bem como à fiscalização de desvios de conduta por parte de agentes públicos.

Esse prestígio da participação dos cidadãos na realização da atividade administrativa termina por conferir legitimidade à Administração Pública, assegurando maior estabilidade nas relações administrativas, bem como segurança jurídica às partes que dela participam (BAPTISTA, 2003, p. 267). E para tal mister, o processo administrativo<sup>132</sup> se apresenta como instrumento apto a viabilizar a participação dos indivíduos na tomada de decisões pela Administração, constituindo-se um eficaz mecanismo de realização e garantia dos direitos fundamentais (BAPTISTA, 2003 p. 303).

---

<sup>132</sup> Esse tema será mas adiante desenvolvido, mais especificamente na seção 3.2.

Outra ideia que também experimentou revisão foi a dicotomia e o afastamento entre o interesse público e o interesse privado. A tensão entre essas duas categorias se relaciona intimamente com a trajetória histórica do modelo de Estado. Aliás, mesmo antes de ser consagrada<sup>133</sup> a expressão “Estado” a partir da obra *O Príncipe*, de Maquiavel, essa dicotomia já era reconhecida em tempos longínquos da história ocidental, verificando-se a alternância pendular quanto à primazia de um em detrimento do outro.

Apesar de tentadora a proposta de digressão destinada a investigar as origens mais remotas da dicotomia público/privado, o objeto e a dimensão do presente trabalho recomendam a limitação temporal dessa análise. Assim, a abordagem aqui empreendida irá se cingir ao período inaugurado a partir das Revoluções Americana e Francesa, sob influência também da experiência constitucional inglesa, fazendo-a coincidir com o recorte temporal utilizado na análise dos movimentos constitucionais realizada nas seções antecedentes.

Fixado esse marco, há de se observar que a tensão entre os interesses públicos e privados guarda estreita relação com o modelo de Estado desenhado em cada arquitetura constitucional.

O Estado liberal clássico, fundado no primado da liberdade, foi concebido para se abster de interferir na esfera de interesses privados dos indivíduos, sendo legítima a sua atuação apenas para a manutenção da ordem interna e preservação do território em face de invasões estrangeiras (DALLARI, 2010, p. 216). O fim primordial desse ente era, pois, garantir que os homens, reunidos em sociedade, pudessem desfrutar “(...) *da sua propriedade, na paz e tranqüilidade*”, conforme assinalou Locke, referenciado por Norberto Bobbio (1997, p. 188). Fora desse âmbito de atuação, qualquer ingerência estatal nos negócios privados seria nociva (SARMENTO, 2008, p. 204), pois entendida como ameaça ao valor fundamental desse modelo de Estado, que era a liberdade.

---

<sup>133</sup> Bonavides (2012, p. 36) sustenta que a expressão “Estado”, com o sentido que aqui lhe é empregado, foi criada por Maquiavel: “Aliás, a expressão ‘Estado’ foi, segundo a versão mais aceita, criada por Maquiavel, que a introduziu nas primeiras linhas de sua célebre obra intitulada *O Príncipe*.” Bobbio, por sua vez, argumenta que a palavra já seria de uso corrente quando Maquiavel a utilizou logo no início de *O Príncipe*, mas atribui ao fato o motivo de seu uso ter se consagrado. Nesse sentido, Bobbio disserta: “É fora de discussão que a palavra ‘Estado’ se impôs através da difusão e prestígio do *Príncipe* de Maquiavel. A obra começa, como se sabe, com estas palavras: ‘Todos os estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados’ [1513.ed. 1977, p. 5]. Isso não quer dizer que a palavra tenha sido introduzida por Maquiavel. Minuciosas e amplas pesquisas sobre o uso de ‘Estado’ na linguagem do Quatrocentos e Quinhentos mostram que a passagem do significado corrente do termo *status* de ‘situação’ para ‘Estado’ no sentido moderno da palavra, já ocorrera, através do isolamento do primeiro termo da expressão clássica *status reipublicae*. O próprio Maquiavel não poderia ter escrito aquela frase exatamente no início da obra se a palavra em questão já não fosse de uso corrente.” Sobre essa questão, assiste razão a Bobbio, pois a forma e o momento em que a expressão foi lançada em *O Príncipe* autorizam concluir que não se tratava de uma inovação terminológica, pois Maquiavel, depois de empregar a expressão “Estado” em sua obra, não cuidou de fazer qualquer esclarecimento adicional quanto ao seu sentido.

Com o esgotamento do modelo Liberal clássico, o privatismo cede espaço ao intervencionismo do *welfare state*, o que importou o aumento do grau de atuação desse ente como regulador das condutas sociais, sacrificando a liberdade para o fim de prestigiar a igualdade em sentido material.

O atual modelo constitucional brasileiro, embora auto-proclamado como social<sup>134</sup>, consagrou mecanismos de proteção à autonomia privada, como a afirmação da livre iniciativa dentre os fundamentos da República, bem como a inclusão dos princípios da propriedade privada e da livre iniciativa como informadores da Ordem Econômica. Assim, ao menos no plano normativo, a experiência pátria pretendeu a harmonização dos interesses públicos e privados, chegando a promover, em alguns casos, o deslocamento de determinados institutos, ou mesmo de subsistemas, de um lado para outro dessa “dicotomia”. É o que Bobbio chama de “publicização do privado” ou “privatização do público” (2012-B, p. 27), sendo exemplo desse fenômeno a imposição de responsabilização do Estado em promover a defesa do consumidor, conforme estabelecido no art. 5.º, XXXII, da CB/1988, ratificado no art. 170, V, também do texto constitucional.

A definição de limites rígidos entre o público e o privado, se já há algum tempo não apresentava grande utilidade, evidencia-se agora mais incerta que outrora, uma vez que esses movimentos de publicização e privatização do direito não se encontram e jamais estarão completamente estabilizados. Além do mais, há de se considerar que ambas as categorias de interesses integram uma mesma ordem jurídica (BAPTISTA, 2003, p. 12; SARMENTO, 2005, p. 50), de modo que não é apropriado se falar contraposição entre elas.

Nesse sentido, oportuno registrar a lição de Paulo Ricardo Schier (2005, p. 235) acerca do tema:

Em outras palavras, a regra, sempre, é a da unidade. Interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem. Tais interesses, antes, harmonizam-se. A realização de um importa na realização do outro. Devem ser vistas como excepcionais as situações de exclusão mútua.

---

<sup>134</sup> O preâmbulo constitucional apresenta elementos que autorizam a conclusão aduzida acima, no sentido de que o Estado brasileiro se pretende social. A propósito, oportuno transcrever trecho desse elemento constitucional, quando se afirma que o Estado então constituído seria destinado “(...) a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, (...)” (BRASIL, 1988). Todavia, Streck (2013, p. 88), com razão, afirma que no Brasil nunca houve um Estado Social. E isso se deveu em parte ao fato de que logo nos anos iniciais da década de 1990, o Brasil aderiu às práticas do Consenso de Washington, as quais se conflitam substancialmente à ideia de um Estado-Provedor. Assim, instaurou-se aqui o que Streck classifica de “Crise constitucional (institucional)”, que corresponde ao conflito entre o projeto de Estado firmado na Constituição e a ideia corrente de minimização do Estado.

Essa necessidade de harmonização entre os interesses públicos e privados, que se apresenta como imperativo ao Estado edificado sobre a dignidade da pessoa humana e comprometido com garantia dos direitos fundamentais, suscitou no âmbito doutrinário o questionamento acerca da existência (subsistência) do princípio da “supremacia do interesse público”, considerado por alguns como um dos fundamentos da concepção do Regime Jurídico Administrativo (DI PIETRO, 2004, p. 65; MEIRELLES, 2000, p. 96), tido inclusive como uma das “pedras angulares” do próprio Direito Administrativo (BANDEIRA DE MELO, 2013, p. 58).

A propósito, o debate em torno desse tema ganhou maior dimensão a partir do questionamento formulado por Humberto Ávila no artigo intitulado “*Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*”, publicado inicialmente em 1998<sup>135</sup>, mas que, considerando o interesse despertado no âmbito da comunidade acadêmico-jurídica, foi por mais de uma vez reproduzido<sup>136</sup>.

Desde então, a discussão doutrinária acerca desse princípio muito se intensificou, havendo os que, aderindo aos fundamentos de Humberto Ávila, ou mesmo formulando seus próprios argumentos, negam a natureza de princípio à “supremacia do interesse público”<sup>137</sup>. Outros, por sua vez, sustentam a integridade desse princípio no atual modelo constitucional<sup>138</sup>, rebatendo as críticas que em face dele são formuladas. Uma terceira via, no entanto, propõe uma nova definição desse princípio, sem pretender sua “desconstrução” ou “esvaziamento”, mas não ignorando a necessidade de se promover uma reformulação dessa premissa, de modo a adequá-la aos preceitos do ordenamento constitucional vigente.

As conclusões de Ávila foram por ele sintetizadas no final do seu escrito, sendo por demais oportuno transcrevê-las aqui integralmente:

Em face de todo o exposto – e assim passamos à conclusão – entendimento que o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o privado’ não é, rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio:

- conceitualmente ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidade normativas e concretas;
- normativamente ela não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente;

<sup>135</sup> A publicação original desse artigo se deu na revista Trimestral de Direito Público (São Paulo), número 24, no ano de 1998.

<sup>136</sup> O artigo foi também publicado na Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), n.º 11, de responsabilidade do Instituto Brasileiro de Direito Público, disponível no site <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Consta também em SARMENTO, 2005.

<sup>137</sup> Conferir: BINENBJOM, 2005.

<sup>138</sup> A propósito do tema, DI PIETRO, 2010.

- ele não pode conceitual e normativamente descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode ‘o’ interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados.

As ponderações feitas tornam também claro que este ‘princípio’ não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo:

- ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público;
- ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um ‘princípio abstrato de supremacia, teríamos ‘regras condicionais e concretas de prevalências’ (variáveis segundo o contexto).

Ao ensejo do tema, o mesmo trabalho de Humberto Ávila também constou de coletânea organizada pelo Professor Daniel Sarmento, publicada pela editora Lumen Júris, que teve como título “Interesses públicos *versus* Interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Privado”, que contou com colaboração de Alexandre Santos Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, sendo o prefácio da obra de autoria do agora Ministro do STF, Luís Roberto Barroso.

De forma singela, os principais fundamentos apresentados pelos que sustentaram em tal obra a inexistência de referenciado “princípio”, podem ser assim catalogados:

- i) A noção de supremacia concebida *a priori* não admite ponderação;
- ii) O conceito de interesse público é abstrato e, por conseguinte, seria insuficiente para viabilizar sua concretização;
- iii) É equivocada a noção de existência pressuposta de conflito entre interesse público e privado.

Com as escusas que se fizerem necessárias, é imperioso discordar de algumas conclusões a que chegaram os referidos autores.

Não há de se negar que a denominação do princípio consagrada doutrinária e jurisprudencialmente repele a ideia de ponderação. Ao se afirmar a “supremacia” de algo, quer-se afastar previamente a possibilidade de sua derrogação. Nada obstante, o caráter absoluto que a expressão “supremacia” empresta ao conceito se contrapõe, realmente, à natureza dos princípios, que devem ser por essência relativos (ALEXY, 2009, p. 111-114). Dado o grau de abstração que comumente caracteriza os princípios, não raro se verificam colisões entre eles, o que enseja a resolução desses conflitos por meio da ponderação (ALEXY, 2012, p. 94-96; CARDOSO, 2009, p. 233). Assim, a admissão de um “princípio” não sujeito à ponderação contraria a fórmula de aplicação dessa espécie normativa.

A solução a ser dada para essa impropriedade seria excluir do conceito desse princípio a noção de “supremacia”, elemento que, sem dúvida, é o ponto nevrálgico da “polêmica” em torno do tema (FIGUEIREDO, 2012, p. 407).

Aliás, foi exatamente isso que fez Paulo Ricardo Schier (2005, p. 242), que, descartando o elemento “supremacia”, introduziu no conceito do princípio a expressão “tutela”, apresentando a seguinte argumentação acerca do tema:

Por certo a conclusão não possui o condão de ilidir a existência do chamado regime jurídico do Direito Administrativo. Este, por óbvio, poderia sustentar-se no suficiente e bastante princípio da tutela do interesse público, este sim, um princípio constitucional implícito, relativo e ponderável.

Outrossim, quanto ao argumento de que, dada suposta indeterminação, não seria esse princípio passível de concretização, tem-se que ajuste ao seu conceito, com a exclusão do elemento “supremacia”, já esvazia em parte esse questionamento. Em todo o caso, há de se registrar que a alegada indeterminação do princípio não lhe pode ser oposta para o fim de lhe negar essa natureza. Isso pelo fato de que, embora *indeterminado*, o princípio (da tutela) do interesse público possui conteúdo *determinável* a partir de recursos hermenêuticos, sendo passível de concretização mediante o emprego de técnicas discursivas de argumentação.

E nem se cogite alegar que o intento de extrair o conteúdo desse preceito é custoso e que, por conseguinte, tal circunstância lhe subtrairia o *status* de princípio. Grau de dificuldade semelhante se verifica para determinação do conteúdo dos princípios democrático ou republicano, e, até mesmo, do princípio da dignidade da pessoa humana, o que nem por isso infirma a aceitação desses como normas principiológicas.

No que se refere à crítica relativa à pressuposição da existência de conflito entre os interesses públicos e os privados, há uma ressalva a ser feita. Embora não se conteste ser equivocada essa pressuposição, até em razão de que, como já sustentado neste trabalho, a harmonização entre essas categorias de interesses é desejada e possível, há de se registrar que ela não é elemento essencial da definição do princípio (da tutela) do interesse público.

É verdade, no entanto, que parte da doutrina promove a equivocada associação desse princípio à existência de confronto entre a Administração Pública e o particular<sup>139</sup>, o que

<sup>139</sup> “A proposição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressado através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos. Significa que o poder público que se encontra, em situação autoritária, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses postos em confronto, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela.” (MELLO *apud* BAPTISTA, 2005, p. 184; GRIFO NOSSO).

justifica as críticas antes referenciadas. Todavia, o que enseja correção não é a *concepção* objetiva do princípio (da tutela) do interesse público, que decorre dos preceitos estabelecidos no ordenamento constitucional vigente, mas a *percepção* subjetiva de alguns doutrinadores sobre ele, muitos dos quais continuam apegados a modelos e terminologias que carecem de atualização.

Há, contudo, uma terceira via que propõe uma nova definição desse princípio, sem pretender sua “desconstrução” ou “esvaziamento”, mas também sem ignorar a necessidade de se promover uma reformulação dessa premissa, de modo a adequá-la aos preceitos do modelo constitucional estabelecido em 1988.

Muito embora prefacie o livro “Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público”, Luis Roberto Barroso adota, em brevíssimas e abalizadas reflexões, posição que com propriedade ele define como uma “(...) ponte entre a tradição e a modernidade.” (BARROSO, 2005-B, p. IX). Sustenta Barroso que o debate acerca do tema deve se principiar pela diferenciação conceitual de interesse público primário e interesse público secundário, uma vez que é distinto o tratamento constitucional dispensado aos mesmos. A propósito, afirma que interesse público primário tem a ver com “razão de ser do Estado”, referindo-se aos fins para o qual esse ente é concebido, ou seja, a promoção da justiça, segurança e bem-estar. O interesse secundário, por sua vez, estaria relacionado ao aspecto patrimonial da pessoa jurídica de direito público. Registra como critério diferenciador dessas categorias de interesses os órgãos aos quais cabe o patrocínio da defesa de um e do outro. Quanto aos interesses primários, sua tutela seria de responsabilidade do Ministério Público, enquanto que a defesa dos secundários caberia à advocacia do respectivo ente da Federação (União, estados, municípios e o DF).

Realizada essa distinção, afirma Barroso que os interesses secundários não gozariam de “supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular”, apontando a necessidade de se promover a ponderação entre ambos, na hipótese de se verificar entre eles, no caso concreto, algum conflito. Afirma, quanto a este aspecto, aderir aos argumentos desenvolvidos pelos autores da obra que prefaciou.

Todavia, no que concerne aos interesses públicos primários, Barroso assevera perfilhar o caminho que se destina ao que chama de “posição tradicional”. Entendendo que o interesse público primário seria o próprio parâmetro de ponderação, afirmando que este desfrutaria de supremacia quando em conflito com outros que não ostentassem essa condição.

---



Enxerga o Ministro, entretanto, um problema na hipótese de se verificar o conflito entre interesse público primário que se consubstancie em uma meta coletiva, e o interesse, de mesma categoria, que se destine à realização da garantia de um direito fundamental. Nesse caso, a solução apontada seria também a ponderação, que deverá ser orientada por dois elementos: “a dignidade da pessoa humana e a razão pública” (2005-B, p. XIV-XVI).

A posição de Barroso, em que pese admitir que a noção ponderável de “supremacia” ainda subsista na definição do princípio em referência, apresenta-se como uma via de conciliação entre os que negam a existência desse princípio, e aqueles mais conservadores que sustentam a subsistência integral desse preceito, nos mesmos termos em que antes do advento da Constituição de 1988.

Aqui se registra, então, adesão ao entendimento de Barroso, por se compreender que essa posição é a que melhor se afina com os preceitos também conciliatórios do texto constitucional, que coloca no mesmo plano de convivência os interesses públicos e os privados, apresentando a regra de ponderação como necessária à manutenção ou eventual restauração da desejada harmonia.

## **2.8. Dos “interesses” (e direitos) públicos e privados envolvidos na atividade de demarcação dos terrenos de marinha.**

Ao ensejo do tema, é de se considerar que a pretensão de harmonização dos *interesses* públicos e privados que se relacionam à atividade de demarcação dos terrenos de marinha, exige como providência preambular a identificação de quais sejam esses *interesses*.

A bem da verdade, é imperioso compreender que, além dos *interesses*, devem ser identificados os *direitos* da União, como titular do domínio sobre os terrenos de marinha, e os *direitos* dos indivíduos que eventualmente possam ter seu patrimônio jurídico (não necessariamente tangível) afetado pela atividade demarcatória.

A distinção aqui proposta, entre *interesse* e *direito*, não tem função apenas estilística, mas serventia real na medida em que se destina a conformar o uso semântico dessas expressões ao modelo constitucional até aqui apresentado. Explicar-se-á melhor.

É possível reunir em quatro categorias aqueles que podem ter sua esfera de interesses afetada de algum modo pela atividade de demarcação desenvolvida para União, quando esta se propõe identificar a localização dos terrenos de marinha.

Existem aqueles que são proprietários de terrenos alodiais, ou seja, não caracterizados como sendo terrenos de marinha, possuindo em seu favor títulos devidamente transcritos perante o cartório de registro de imóveis.

Há, também, aqueles que são possuidores de títulos transcritos, mas que se referem a imóveis caracterizados como sendo terrenos de marinha.

Existem, ainda, os que são possuidores de títulos sobre determinada área que, após o procedimento de marcação, verificou-se ser composta parcialmente por terrenos de marinha. Em outros termos, o título compreende bens alodiais, sobre os quais o seu favorecido detém o domínio pleno, assim como áreas que, após o processo de demarcação, constatou-se que seriam terrenos sob domínio da União (terrenos de marinha e/ou acrescidos). Destarte, a condição destes corresponde à conjugação das situações jurídicas dos proprietários de terrenos alodiais e dos detentores de títulos sobre terrenos de marinha.

Por fim, há aqueles que utilizam os terrenos de marinha sem qualquer título de propriedade, sendo meros ocupantes de fato.

Importa, então, analisar essas situações jurídicas, bem como o modo como se viabiliza a compatibilização dos interesses e direitos dos particulares com os da União.

#### **2.8.1. Os interesses e direitos dos proprietários de terrenos alodiais: a propriedade como direito fundamental, o dever de proteção estatal e a(uma) teoria dos limites aos direitos fundamentais.**

Conforme já exaustivamente aduzido, a função primordial de Estado é exatamente a promoção do bem comum. Constituído ele, os indivíduos lhe confiam a direção das questões que dizem respeito aos interesses da coletividade. Essa lógica se inaugurou ainda durante o período do Estado Absolutista, quando ganharam espaço as teorias contratualistas. A partir do Constitucionalismo Moderno, incorporou-se à noção de Estado (de Direito ou Constitucional) o reconhecimento de direitos fundamentais, estes que na trajetória de desenvolvimento dos movimentos constitucionais tiveram seu conteúdo alargado para muito além daquela concepção de “direitos de defesa”. Esse resgate argumentativo se mostra necessário para fixar como premissa a noção de que, como consectários da existência de direitos fundamentais dos indivíduos, existem deveres a serem cumpridos pelo Estado.

É oportuno invocar mais uma vez a doutrina de Alexy (2012, p. 256-267), quando se refere à Teoria dos *status* de Jellinek. Em apertada síntese, afirma que ao indivíduo, na medida em que se submete ao ordenamento jurídico de um Estado (*status* passivo), conferem-

se liberdades que se situam em uma esfera isenta de interferência por parte daquela instituição, ou seja, conferem-se-lhes um *status* negativo. A esse *status* negativo Pieroth e Schlink (2012, p. 62) se referem como “o estado de liberdade em face do Estado, em que o particular pode resolver os seus problemas individuais, regular a sua convivência social e realizar os seus negócios sem o Estado”. Dimoulis e Martins (2011, p. 58) apresentam a denominação alternativa de “pretensão de resistência à intervenção estatal”, sustentando que “o indivíduo pode repelir eventual interferência estatal, resistindo com vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece.”<sup>140</sup>

Quanto ao status positivo, Alexy (2012, p. 263-264) traz o seguinte ensinamento:

O indivíduo está inserido nesse status sempre que o estado a ele ‘reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instruções estatais, ou seja, [quando] garante ao indivíduo pretensões positivas.’<sup>141</sup> (...) O fato de o indivíduo ter esse tipo de pretensão em face do Estado significa, em primeiro lugar, que ele tem direitos a algo em face do Estado e, em segundo lugar, que tem uma competência em relação ao seu cumprimento.

No mesmo sentido é o magistério de Pieroth e Schlink (2012, p. 63), para os quais o status positivo compreende, dentre outras categorias, o direito de proteção a ser exercido em face do Estado.

Com base nesses argumentos, é autorizada a construção do seguinte raciocínio silogístico: se o direito de propriedade é reconhecido constitucionalmente como fundamental e, ainda, se o Estado deve se abster de atingir os direitos fundamentais (*status* negativo) e, quando pretendido pelo seu titular, tem também o dever de conferir-lhes proteção (*status* positivo), logo o Estado deve não atingir o direito de propriedade dos particulares; mais que isso, deve garanti-lo com os instrumentos que se fizerem necessários. É o que se designou como sendo o dever de proteção do (pelo) Estado (SAMPAIO, 2013. p. 647).

No caso dos processos de demarcação dos terrenos de marinha, esse dever de proteção ao patrimônio dos particulares exsurge da constatação de que não há efetiva coincidência entre o patrimônio da União e o patrimônio dos particulares. E referindo-se à categoria de bens que interessa ao presente estudo, quer-se dizer, em outros termos, é que

<sup>140</sup> Com a devida vênia, a referência à possibilidade de recurso aos “vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece” consubstancia aspecto que extrapola a concepção de *status* negativo de Jellinek. Na verdade, como explica Alexy (2012, p. 260), o conteúdo do *status* negativo é composto pelas “liberdades (jurídicas não protegidas)”. Logo, incompatível com esse *status* (negativo) a invocação de “meios que o ordenamento jurídico” possa proporcionar, uma vez que “pretensões jurídicas individualizadas, reconhecidas formalmente, (...) surgem do status positivo” (ALEXY, 2012, p. 265).

<sup>141</sup> O que se encontra entre “aspas simples” é uma citação a Jellinek feita por Alexy: JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. p. 121.

jamais haverá coincidência entre os terrenos de marinha<sup>142</sup> (da União) e os terrenos alodiais (dos particulares): ou determinada área se caracteriza como uma coisa ou como sendo a outra, sendo tais conceitos excludentes.

Essa afirmação pode parecer óbvia (e de fato é), mas é dela que decorre a conclusão de que não há qualquer conflito de interesses entre a União e os proprietários de terrenos alodiais. Ao contrário, a partir dela, é possível identificar o interesse comum à União e aos particulares, que consiste na correta individualização dos domínios de cada um destes. A União, com a atividade de demarcação, quer conhecer os limites das áreas que correspondem ao conceito de terreno de marinha, e nenhum palmo a mais que isso (presume-se). E é esse o interesse também dos proprietários de terrenos alodiais, na medida em que isso preservará o seu patrimônio.

Se não há, por conseguinte, conflito de interesses entre a União e os proprietários dos terrenos alodiais, não há espaço para invocação de incidência do princípio da “supremacia do interesse público sobre o particular”, pois o interesse que tem a União, de delimitar precisamente quais os espaços caracterizados como terrenos de marinha, é tão relevante quanto (mas não maior, em razão do compromisso estatal de tutelar dos direitos fundamentais) o de preservar a propriedade alodial dos particulares que possuam títulos devidamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Na hipótese, as propriedades da União e dos particulares poderão, no máximo, situar-se lado a lado, jamais no mesmo espaço. Não se trata, assim, de um “caso difícil” a reclamar o recurso ao mecanismo de ponderação, que somente teria lugar se verificado efetivo conflito entre direitos fundamentais, o que não é o caso.

Forçoso, então, concluir que a atividade demarcação, desde que realizada com estrita observância aos preceitos constitucionais vigentes, consubstancia um instrumento de proteção dos titulares do domínio sobre os terrenos alodiais, que assim terão reconhecido e garantido o seu direito de propriedade. Mas é de se atentar para importância da ressalva antes consignada, já que, sendo desenvolvida de forma imprópria, a atividade demarcatória pode atingir o patrimônio dos indivíduos, na medida em que afirmará como pertencendo à União áreas que seriam, na verdade, bens alodiais. Representará, então, conduta reprovável e não admitida

---

<sup>142</sup> Entenda-se que a identificação dos terrenos acrescidos de marinha, conforme exposto anteriormente, decorrem da atividade de demarcação dos terrenos de marinha. Nos termos do art. 3.º do Decreto-lei 9.760/1946, são terrenos acrescidos de marinha “os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.” Identificada a posição da LPM/1831, dela em direção ao continente contam-se os terrenos de marinha, observando-se o limite de 33,00m (trinta e três metros). Para o lado do mar, tem-se os acrescidos de marinha. Desse modo, quando se menciona a atividade demarcação dos terrenos de marinha, compreende-se nesta atividade também a identificação dos acrescidos.

pelo ordenamento constitucional, por importar flagrante violação ao direito de propriedade dos particulares, bem como ao dever de proteção imposto ao Estado.

E é aqui que se apresenta como indispensável a realização do processo demarcação de forma condizente com os preceitos constitucionais, um “processo justo”, que se destine a concretizar os direitos fundamentais processuais e, por meio destes, preservar o direito fundamental de propriedade.

A propósito, aqui se vem tratando como direito fundamental o direito de propriedade, mas ainda não se cuidou de apontar o fundamento desta afirmação. Suprindo-se essa lacuna, há se registrar que o direito de propriedade é reconhecido como fundamental desde as primeiras declarações de direitos, tanto naquelas registradas ao longo da construção da história constitucional inglesa<sup>143</sup>, bem assim naquelas expedidas no contexto das revoluções burguesas da segunda metade do século XVIII<sup>144</sup>.

Segundo Fustel de Coulanges, a origem da propriedade privada<sup>145</sup> decorre de prescrições de caráter religioso, notadamente da necessidade de se separar o recinto dos mortos daqueles espaços destinados aos vivos. Nesse sentido, pontuou: “Não foram as leis que a princípio garantiram o direito de propriedade; foi a religião. Cada domínio estava sob os olhos da divindade, que velava sobre ele.” (COULANGES, 1961, p. 97).

Locke (2005, p. 407-409), também associando a propriedade ao aspecto religioso, afirmou que ela decorre de uma dádiva divina, realçando o seu caráter absoluto:

Embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa. A esta ninguém tem

<sup>143</sup> I) O artigo 48 da Carta Magna, de 1215, conferiu ao direito de propriedade importância tal que, além do *status* de direito materialmente constitucional, também lhe oferece instrumento de garantia, ao prescrever condições ao eventual processo de expropriação. Diz o seguinte o referido dispositivo: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país.” II) O primeiro ponto do *Petition of Rights*, de 1628, prescreveu: “E considerando também que na carta designada por ‘Magna Carta das Liberdades de Inglaterra’ se decretou e estabeleceu que nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país.” III) O item 12 do *Bill of Rights*, de 1689, dispunha: “que são contrárias as leis, e, portanto, nulas, todas as concessões ou promessas de dar a outros os bens confiscados a pessoas acusadas, antes de se acharem estas convictas ou convencidas.”

<sup>144</sup> I) O artigo 1.º da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, outorga ao direito de propriedade o caráter de essencial e indisponível, fazendo nos seguintes termos: “Art. 1.º Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”. II) O art. 2.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tinha o seguinte teor: “Art. 2.º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.”

<sup>145</sup> Importante pontuar que a idéia de propriedade privada era inicialmente associada a um direito da família, e não do indivíduo isoladamente (COULANGES, 1961, p. 89). No mesmo sentido: ARISTÓTELES, 1999, p. 148.

direito algum além dele mesmo. O *trabalho* de seu corpo e a *obra* de suas mãos, pode-se dizer, são propriedade dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-se a ele com seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade. Sendo que ele retira do seu estado comum em que a natureza a deixou, a ela agregou, com seu trabalho, algo que a exclui do direito comum dos demais homens.

No Brasil, a Carta constitucional de 1824 inscreveu o direito de propriedade como uma das bases do conjunto de “Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros.” Cuidou, ainda, de afirmar que a propriedade seria garantida “em toda a sua plenitude.”

Esse caráter absoluto do direito de propriedade foi sendo relativizado no itinerário constitucional percorrido até os dias atuais (TAVARES, 2011, p. 153). Sobre o tema José Afonso da Silva (2014, p. 504) afirma que a superação dessa índole decorreu da “evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até se chegar à concepção da propriedade como função social (...)”.

Sobre a ideia de função social da propriedade, a Constituição de 1891 nada mencionou, o que decorreu, por óbvio, da adoção, ao menos formalmente, do modelo liberal de Estado. Somente a Constituição de 1934 incorporou ao seu texto a função social da propriedade, quando afirmou que o seu exercício não poderia se dar “contra interesse social ou coletivo.” Esse condicionante ao exercício da propriedade foi suprimido do corpo da Carta de 1937, sendo restaurado na Constituição de 1946, que condicionou o uso da propriedade “ao bem-estar social”.

A denominação de princípio da “função social da propriedade” foi inaugurada pela Constituição de 1967, em seu art. 157, inciso III, quando estabelecidas as diretrizes da ordem econômica e social. Disposição de igual teor foi mantida na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, mas especificamente no seu art. 160, III.

Por fim, a Constituição de 1988 se referiu fartamente ao princípio da função social da propriedade. O que mais importa registrar, no entanto, é o fato de que a primeira referência a este princípio no corpo da Constituição foi feita no mesmo título destinado às garantias e direitos individuais, logo após a referência ao direito de propriedade. Essa disposição topográfica certamente reforça a sua importância no modelo constitucional, ao prescrever que a propriedade funciona também como instrumento de justiça social (SILVA, 2014, p. 503). O direito de propriedade, assim, submeteu-se a um processo de *funcionalização*, deixando de compreender uma dimensão eminentemente individual, passando a se subordinar ao

atendimento de determinados interesses sociais e coletivos (ROCHA, 2014, p. 696; MOTA, 2009, p. 149).

Mesmo diante dessa nova feição do direito de propriedade, ainda subsiste o seu caráter fundamental. O fato de, na arquitetura constitucional, figurar ele no *caput* do art. 5.º da CB/1988, sendo apresentado como um dos fundamentos do sistema de direitos e garantias individuais e coletivos, já autoriza a conclusão neste sentido, sobretudo quando reafirmada essa condição logo mais no inciso XXII daquele mesmo artigo.

Ademais, o fato de a Constituição impor expressamente condicionantes ao exercício desse direito, vinculando-o ao cumprimento de uma função social, não é elemento suficiente para lhe subtrair a fundamentalidade, pois não o desnatura ou o esvazia, restando preservada a sua essência. Aliás, o mesmo se sucede com diversos direitos fundamentais, que também recebem diretamente do constitucional algum condicionamento, mas que, de igual modo, nem por isso perdem essa característica.

É preciso, no entanto, distinguir a violação ao direito de propriedade, que na hipótese cogitada anteriormente se verificaria com a indevida demarcação de terrenos alodiais como sendo de marinha, daquilo que se pode considerar como legítima limitação ao exercício do direito de propriedade, que se propõe harmonizar esse direito a outros igualmente fundamentais reconhecidos pela Constituição.

Sobre esses condicionantes, que podem se referir ao conteúdo e/ou ao exercício do direito, a doutrina construiu uma “Teoria dos Limites dos Direitos Fundamentais.”<sup>146</sup> Acerca do tema, é necessário consignar a advertência inicial no sentido de que inexiste uniformidade terminológica entre aqueles estudiosos que apresentam formulações sobre ele, nem também concordância quanto às premissas adotadas como fundamentos para as suas elaborações. Assim, invocando o exemplo de Rawls (1997),<sup>147</sup> melhor se referir a *uma* Teoria dos Limites dos Direitos Fundamentais, deixando subtender com isso que existem proposições distintas acerca dessa matéria.

Feito esse alerta necessário, é conveniente ainda dizer que o objeto proposto para o presente trabalho não comporta a análise minuciosa dessas (ou de uma dessas) teorias. A ele interessa apenas analisar as questões relativas às restrições ao direito de propriedade, o que se

---

<sup>146</sup> É a terminologia adotada por José Sampaio (2013, p. 689). Mendes utilizou a expressão “limitações dos direitos fundamentais” (2012, p. 33), a mesma adotada por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 115). Alexy se refere a “restrições aos direitos fundamentais” (2012, p. 281).

<sup>147</sup> Em vez de denominar sua obra mais importante como “Teoria da Justiça”, John Rawls a chamou de “Uma Teoria da Justiça” (*A Theory of Justice*, 1971). Esse ato pode ser compreendido como manifestação de humildade acadêmica, por reconhecer no título do referido livro, ao menos de forma implícita, a existência e outras teorias da justiça.

fará com o propósito de justificar a afirmação antes apresentada, no sentido de que a supressão de propriedade, em caso de eventual inexistência do processo de demarcação, consubstancia flagrante violação a direito fundamental do indivíduo (proprietário de terrenos alodiais).

O ponto de partida dessa breve exposição é a noção de que as limitações<sup>148</sup> ou restrições aos direitos fundamentais decorrem da necessidade de harmonização dos direitos de cada indivíduo em um ambiente social concretamente coletivo. Se ao Estado incumbe o dever de proteção em relação a todos os indivíduos submetidos à ordem constitucional (*status* passivo), haverá de se admitir que possa ele (o Estado) regular a forma de coexistência dos direitos fundamentais daqueles (indivíduos). Nessa linha de raciocínio, as restrições são definidas por Alexy (2012, p. 281) como as “normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental.” Em outros termos: seriam as condições ulteriores fixadas ao âmbito de proteção inicialmente estabelecido na nova definidora do direito fundamental.

Convém, então, compreender o conceito de “âmbito de proteção”, que corresponde, segundo Canotilho (2003, p. 1203), à “delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma”<sup>149</sup>. José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 689) chama de “delimitação” do direito fundamental aquilo a que Canotilho se refere como determinação do “âmbito de proteção”, dizendo que se trata do “processo de definição do conteúdo e limites internos ou imanescentes, obtidos no próprio enunciado da norma (...)”.

Na metódica das restrições apresentada por Canotilho (2003, p. 1275), após a identificação do âmbito de proteção da norma definidora do direito fundamental, é necessário verificar se os bens jurídicos protegidos sofrem alguma restrição constitucional expressa por força da própria Constituição, o que ele chama de “restrição constitucional imediata”<sup>150</sup> (2003, p. 1276), ou, de outro modo, se ela (a Constituição) autoriza que a lei o faça posteriormente, o que denomina de “limites ou restrições estabelecidas por lei”<sup>151</sup>.

Exemplo de “restrição constitucional imediata” é a norma que assegura o direito de livre reunião, desde que pacificamente, sem armas e, ainda, sem o propósito de frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local (art. 5.º, XVI da CB/1988). Como “limites ou restrições estabelecidos por lei” se poderia mencionar, exemplificativamente, a regulamentação por lei quanto ao exercício de determinadas profissões.

---

<sup>148</sup> Pieroth e Schlink (2012, p. 119) afirmam que esses conceitos são sinônimos. O presente trabalho, como regra, adotará a expressão “restrição”.

<sup>149</sup> Há coincidência quanto à essência do conceito de âmbito de proteção formulado por Gilmar Mendes (2012, p. 35).

<sup>150</sup> A esse tipo de restrição Alexy (2012, p. 286) dá o nome de “restrição diretamente constitucional”.

<sup>151</sup> Para esse tipo Alexy (2012, p. 291) utiliza a expressão “restrição indiretamente constitucional”.



Canotilho (2003, p. 1277) aponta, ainda, uma terceira modalidade de restrição, que intitula de “restrições não expressamente autorizadas pela Constituição<sup>152</sup>”. Essas decorreriam de uma interpretação sistemática da Constituição, servindo de instrumento de ponderação entre bens e direitos aos quais o texto constitucional deferiu proteção. Acerca dessa modalidade de restrição, a doutrina é uníssona em recomendar cautela (CANOTILHO, 2003, p. 1277; MENDES, 2012, p. 54; SARLET, 2012, p. 402; SAMPAIO, 2013, p. 704; PIEROTH, SCHLINK, 2012, p. 132), considerando a necessidade de evitar o que Sampaio denominou de “colonização legislativa no âmbito dos direitos fundamentais”.

Mas é imperioso perceber que o estabelecimento de restrições legais, autorizadas expressa ou implicitamente pela Constituição, submete-se também a restrições. Sobre essa temática esta pesquisa recorrerá à sistematização realizada por José Adércio Leite Sampaio, pois seu pensamento compreende a síntese do que toda a doutrina mais abalizada sobre a matéria elaborou<sup>153</sup>.

Às “restrições das restrições”<sup>154</sup>, também denominadas de “requisitos das leis restritivas de direitos fundamentais”<sup>155</sup> ou, ainda, de “limites dos limites”<sup>156</sup>, Sampaio (2013, p. 701) elabora um rol composto de seis condicionantes: a) reserva de lei restritiva; b) generalidade e abstração de lei restritiva; c) clareza da lei restritiva; d) vedação da retroatividade da lei restritiva; e) proibição de excesso da lei restritiva; f) e, por fim, intangibilidade do conteúdo essencial em face da lei restritiva.

A análise desses requisitos, ainda que de forma sucinta, é medida necessária.

#### **a) Reserva de lei restritiva de direitos fundamentais.**

Ao autorizar que se promova a restrição, é preciso se ter claro que a lei a que se refere a Constituição se trata de lei em sentido estrito, não se cogitando que norma de menor quilate se disponha a essa finalidade. Por esse motivo, estariam excluídos da possibilidade de estabelecer restrições a direitos fundamentais o Poder Judiciário e o Poder Executivo

<sup>152</sup> Alexy compreende que esse terceiro tipo de restrição (“restrição não expressamente autorizada pela Constituição”, segundo Canotilho) estaria compreendida na segunda tipologia (“restrições indiretamente constitucionais”, segundo Alexy).

<sup>153</sup> Não se quer dizer que as formulações do professor José Adércio Leite Sampaio correspondam a mera “compilação” de outros doutrinadores. Em absoluto. Afirma-se, de outro modo, que o seu magistério sobre a matéria é dotado de completude que dispensa o recurso a outras fontes. Nada obstante essa desnecessidade, no corpo do trabalho será a mencionada, como já dito acima, apenas a sistematização de Sampaio, recorrendo-se às notas de rodapé para a referência a outros doutrinadores.

<sup>154</sup> Terminologia empregada por Alexy (2012, p. 295).

<sup>155</sup> É a expressão adotada por Sampaio (2013, p. 701)

<sup>156</sup> Termo utilização por Mendes (2012, p. 56)

(HESSE, 2009-B, p. 64), excetuando-se, quanto a este último, as hipóteses de cabimento de medidas provisórias<sup>157</sup> (SAMPAIO, 2013, p. 702), textos normativos que não são lei, mas têm força de lei. Em circunstância alguma, no entanto, será deferido às normas infralegais de qualquer espécie materializar restrições a direitos fundamentais, sendo vedado à Administração Pública inovar a ordem jurídica, notadamente quando se tratar de disciplina tendente a limitar direitos de envergadura constitucional.

A razão maior para que o Poder Constituinte defira ao legislador ordinário a incumbência de materializar as restrições aos direitos fundamentais é, como afirma Hesse (2009-B, p. 64), a impossibilidade de que a Constituição estabeleça ela própria todas as restrições aos direitos fundamentais. A essa impossibilidade se acresça também a inconveniência de outorgar a determinadas questões a rigidez típica de uma norma constitucional, dificultando, por óbvio, sua eventual alteração por meio de processos formais, o que poderia não ser adequado para determinadas matérias, notadamente aquelas que, por serem mais cambiantes que o ordinário, necessitem de periódica revisão textual.

#### **b) Generalidade e abstração de lei restritiva de direitos fundamentais<sup>158</sup>.**

Como instrumento destinado a salvaguardar pessoas ou grupos de pessoas de sofrerem discriminações veladas (SAMPAIO, 2013, p. 704), bem como para impedir a concessão indevida de privilégios<sup>159</sup> (PIEROTH, SCHLINK, 2012, p. 149), as leis restritivas devem ser passíveis de aplicação a um universo indeterminado de situações e destinatários. Trata-se de consectário do princípio constitucional da igualdade (SAMPAIO, 2013, p. 704).

Além disso, a generalidade e abstração da lei restritiva visa também a preservar o domínio de atuação da Administração, evitando que o legislador disponha sobre questões de interesse concreto, o que poderia comprometer a “doutrina da separação dos poderes ou de funções”<sup>160</sup> (PIEROTH, SCHLINK, 2012, p. 148-149).

<sup>157</sup> Pieroth e Schilnk (2012, p. 134) se referem à “reserva de parlamento”, enfatizando a necessidade de que se trate de norma primária advinda do Poder Legislativo. É preciso considerar, no entanto, que essas formulações levam em conta o modelo constitucional Alemão, que não contempla a medida provisória como norma “com força de lei”.

<sup>158</sup> Gilmar Mendes (2012, p. 82) se refere a esse requisito como “proibição de restrições casuísticas”.

<sup>159</sup> Não é contraditório se afirmar a possibilidade de uma lei restritiva de direitos fundamentais criar indevidamente privilégios. Bastaria que, a despeito de promover a restrição em caráter geral, estabelecesse a exclusão de determinadas pessoas ou grupos de pessoas.

<sup>160</sup> Conveniente manifestar preferência à expressão “independência harmônica entre os poderes”, uma vez que esta denota com mais propriedade o modelo constitucional brasileiro, que o contempla como instrumento de cooperação e controle recíproco entre os poderes constituídos.

### **c) Clareza da lei restritiva de direitos fundamentais.**

Sampaio (2013, p. 704) afirma que a clareza da linguagem é requisito de toda e qualquer lei, mas realça a importância dessa característica naquelas que restringem direitos fundamentais, em razão da necessidade de “evitar ambiguidades e imprecisões quanto ao que é proibido e extensão do que proíbe”, sob pena de a inobservância dessas prescrições importar a inconstitucionalidade da lei restritiva.

### **d) Vedação da retroatividade da lei restritiva de direitos fundamentais.**

Para Sampaio, (2013, p. 704), a lei restritiva de direitos deve se abster de afetar situações jurídicas que se verificaram antes de sua edição, sendo este o mesmo entendimento de Pieroth e Schlink (2012, p. 143).

Esse requisito da lei restritiva se conforma ao preceito estabelecido no art. 5.º, XXXVI, da CB/1988, que prescreve que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

### **e) Proibição de excesso da lei restritiva de direitos fundamentais.**

A proibição de excesso da lei restritiva se vincula à ideia de que as restrições devem ser justificadas a partir de “considerações objetivas e razoáveis do bem comum”, além de deverem observância ao princípio da proporcionalidade em sua acepção ampla (HESSE, significado, p. 65). Ainda segundo Hesse, a restrição deve ser adequada à consecução do fim (público) pretendido, além de o meio por ela estabelecido dever se apresentar como necessário e menos gravoso ao seu propósito. Em outros termos, os ganhos para alguns direitos fundamentais devem ser superiores aos sacrifícios experimentados por outros em decorrência das restrições.

É na análise deste requisito da lei restritiva que a doutrina menciona mecanismos de ponderação para aferição da proporcionalidade da referida norma.

Importante, ainda, mencionar que Gilmar Mendes (2012, p. 76) faz referência ao fato de que, ao lado da ideia de proibição de excesso, a Corte Constitucional Alemã tem reconhecido a existência de um “princípio da proibição de proteção insuficiente”, que corresponde à noção de que a lei restritiva não poderia subtrair condições de o Estado proteger adequada e eficazmente os direitos fundamentais restringidos.

**f) Intangibilidade do conteúdo essencial em face da lei restritiva de direitos fundamentais.**

A lei, ao estabelecer restrições a direitos fundamentais, não poderá descaracterizá-lo, esvaziando o seu conteúdo naquilo que lhe for elementar, ou seja, no seu “núcleo essencial” (MENDES, 2012, p. 56). A esse requisito da lei restritiva, Hesse (2009-b, p. 67) dá o nome de “garantia perante a abolição, a debilidade e o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais”. Isso aclara a dimensão da garantia de que desfrutaram os direitos fundamentais, ao afirmar que esse requisito não deve ser observado apenas pelo legislador ordinário, mas também pelo Poder Reformador, na medida em que se veda inclusive a abolição daqueles direitos.

Sobre a delimitação do núcleo essencial da cada direito fundamental, Sampaio (2013, p. 706-707) afirma existirem três correntes de pensamentos: uma objetiva, uma subjetiva e outra intermediária, esta que busca conciliar as duas primeiras posições. Pela teoria objetiva, a definição do núcleo essencial se daria a partir de “aspecto objetivo ou comunitário, transindividual do direito fundamental”, levando em consideração a norma, e não o titular do direito. Para a teoria subjetiva, o que importa é o grau de comprometimento que a restrição irá representar para o patrimônio jurídico de determinado titular de direitos fundamentais. A posição intermediária, a objetivo-subjetiva, sustenta que “há de prevalecer um mínimo dos dois aspectos”. Ainda de acordo com Sampaio, é esta última teoria que é observada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

É certo, contudo, que inexistem critérios objetivos e absolutamente seguros para definição do que se deva considerar compreendido no núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo que a doutrina recomenda a observância do princípio da proporcionalidade como norte para esse propósito (HESSE, 2009-B p. 68; ALEXY, 2012, p. 297; MENDES, 2012, p. 60).

Fixadas essas balizas conceituais, é forçoso concluir que não se conformará ao conceito de restrição aos direitos fundamentais, a eventual impropriedade em um processo de demarcação do qual resulte, indevidamente, o apontamento de um terreno alodial como sendo terreno de marinha. Essa impropriedade, vedada pelo ordenamento constitucional, representa verdadeira supressão da propriedade, e não restrição pura e simples.

Acerca da supressão da propriedade imobiliária, já se pontuou anteriormente que ela somente é permitida nas hipóteses previstas ou autorizadas pela Constituição. E a propósito,

ela somente permitiu a desapropriação de imóvel que atenda à sua função social quando se verificar razão de ordem pública consubstanciada em três hipóteses apenas: necessidade ou utilidade pública, ou, ainda, por interesse social<sup>161</sup>. Fora desses casos, só haverá supressão da propriedade, mediante desapropriação, se o imóvel desatender à função social de propriedade<sup>162</sup>. Poderá, ainda, promover-se a expropriação da propriedade, mas para tanto se exige que determinado bem tenha sido destinado à atividade ilícita de cultivo de plantas psicotrópicas<sup>163</sup>, sendo imprescindível, nesse caso, o reconhecimento de tal circunstância por meio de decisão transitada em julgado, proferida em ação penal.

Com tudo exposto, quer-se dizer que não pode uma lei estabelecer qualquer outra hipótese de supressão da propriedade, ainda que invoque como justificativa um interesse público supostamente superior. Isso em razão de que o Poder Constituinte já promoveu a indicação das hipóteses em que é permitido atingir de forma tão grave o direito fundamental, de modo que não é dado ao legislador ordinário ampliá-las. Tanto isso é verdade que o texto constitucional somente autorizou que lei regule o procedimento da desapropriação, e não que defina novas hipóteses em que ela seria admitida. Se uma lei, então, não pode atingir de tal forma um direito fundamental, muito menos poderá fazê-lo uma norma infralegal, ou, pior ainda, um ato administrativo resultante de um processo dessa natureza.

À guisa de conclusão, assevera-se que o direito de propriedade sobre os terrenos alodiais se constitui em verdadeiro direito fundamental, o qual se distingue completamente do direito da União sobre os terrenos de marinha. Em decorrência disso, considerando a existência de limites à imposição de restrições sobre os direitos fundamentais, em especial o de propriedade, é de se considerar peremptoriamente vedado que o patrimônio dos proprietários de terrenos alodiais seja atingido de qualquer modo pelo processo de demarcação dos terrenos de marinha, incumbindo à União conferir a estes plena proteção.

---

<sup>161</sup> Para esses casos se exige o pagamento de “justa e prévia indenização em dinheiro”, conforme disposto no art. 5.º, XXIV da Constituição de 1988.

<sup>162</sup> A própria Constituição faz a ressalva quanto à possibilidade de pagamento do valor da indenização, quando se tratar de imóvel urbano (182, §4.º, inciso III) ou rural (184, *caput*) que não cumpra sua finalidade social, ser feito em títulos da dívida pública. Em todo caso, a indenização deverá ser “justa e prévia”.

<sup>163</sup> Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

### **2.8.2. Dos interesses e direitos dos ocupantes com e sem título: a fundamentalidade dos direitos processuais.**

A análise da situação jurídica daqueles que possuem título que se referem a bens identificados como terrenos de marinha, deve-se se principiar com a resposta às seguintes questões: teriam eles direito de propriedade sobre os terrenos de marinha? Em outros termos, a eles seria reconhecido algum domínio em razão de ostentarem um título que aparenta legitimidade e foi constituído de boa-fé?

Essa matéria já foi objeto de abordagem neste trabalho, mais especificamente na seção 1.4, quando analisada a questão relativa ao fundamento de propriedade da União sobre os terrenos de marinha. Para completa compreensão do tema, há de se remeter o leitor àquele trecho do trabalho. No entanto, oportuno se fazer aqui um sucinto resgate dos argumentos ali aduzidos.

A propósito, asseverou-se que todos os terrenos de marinha, com o advento da promulgação da Constituição, e com fundamento no terminante decreto consignado no art. 20, VII, da CB/1988, integram o acervo imobiliário da União, não se havendo por reconhecido quaisquer direitos em favor de terceiros, sejam entidades públicas ou privadas. Essa conclusão decorre da inexistência de ressalvas no texto constitucional, o que autoriza concluir ter sido o intento do Poder Constituinte desconsiderar qualquer pretensão dominial sobre esses bens.

E o silêncio aqui não pode ser considerado acidental ou irrelevante, pois quando quis reconhecer direitos de terceiros em relação a outros bens imóveis, o texto constitucional fez expressa ressalva acerca dessa questão<sup>164</sup>.

Se a opção do Poder Constituinte foi a mais adequada do ponto de vista democrático, esta pesquisa também já se manifestou sobre o tema<sup>165</sup>. O que importa, no entanto, é que o questionamento que inaugurou esta seção deve ser respondido negativamente.

Sobre o assunto, também conforme já mencionado, é esse o entendimento pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, resumido pelo verbete da Súmula 496 cujo teor é o seguinte: “Os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União.”

---

<sup>164</sup> Referencie-se, a propósito, o caso das ilhas oceânicas e costeiras. Quanto a estas, o art. 30, IV, do CB/1988 ressaltou a propriedades dos demais entes da Federação, bem como, quando conjugado ao art. 26, II, também a propriedade de terceiros (particulares).

<sup>165</sup> Mais uma vez remetemos o leitor à leitura da seção 1.4.

Os pronunciamentos judiciais que ensejaram a expedição da referida Súmula têm como premissa principal o argumento de que o processo de demarcação possui natureza meramente declaratória<sup>166</sup>, sendo a própria Constituição o fundamento da propriedade da União, aliado ao fato de que, desde quando descoberto o Brasil, seja ainda na condição de colônia ou já quando estabelecido soberanamente o Estado Brasileiro, os terrenos de marinha jamais deixaram de pertencer à União. É essa a razão de se afirmar que a aquisição desses bens se deu de forma original<sup>167</sup>. É a Constituição, nada menos, o título que confere formalmente à União a dominialidade sobre os terrenos de marinha.

Os particulares, por sua vez, ostentam títulos de menor prestígio, que por isso mesmo não podem ser opostos à União, sendo inclusive prescindível, pelo que entende o STJ, a propositura de uma ação judicial visando à desconstituição destes<sup>168</sup>.

Desse modo, afastada a existência de direitos de propriedade a serem reconhecidos em favor de terceiros que possuem títulos sobre terrenos de marinha, cabe a interrogação acerca da existência de algum direito fundamental, de outra natureza (diversa do direito de propriedade), que deve ser de igual modo preservado pelo Estado. E assim mais uma questão se apresenta: deve-lhes o Estado alguma proteção quando desenvolve a atividade demarcatória? A esta indagação a resposta é forçosamente positiva.

Conforme se extrai da exegese do art. 9.º, inciso II, da Lei n.º 9.784/1999<sup>169</sup>, interessado é aquele que tem direitos ou interesses suscetíveis de serem atingidos de algum modo pelos efeitos da decisão a ser proferida em um processo administrativo. Cumpre esclarecer que a expressão adotada pelo legislador ordinário não representa ofensa ao texto constitucional, na medida em que sua amplitude abrange ambas as figuras mencionadas pelo art. 5.º, LV, da CB/1988<sup>170</sup>, quais sejam, os “litigantes” e os “acusados em geral”.

<sup>166</sup> “(...)2. Consectariamente, algumas premissas devem ser assentadas a saber: (...) b) O procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas. (...)” (REsp 798.165/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/04/2007, DJ 31/05/2007, p. 354).

<sup>167</sup> Ver seção 1.4, em especial a nota de rodapé número 71.

<sup>168</sup> “(...) 3. Não se exige da União o ajuizamento de ação própria para anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executividade; sendo, portanto, legítima a cobrança da taxa de ocupação em terrenos da União. Precedentes do STJ. (...)” (Ag no REsp 1241554/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 12/09/2011)

<sup>169</sup> “Art. 9.º São legitimados como interessados no processo administrativo:

(...)

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;”

<sup>170</sup> “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

A partir dessa compreensão, há de concluir que o título que possui o particular, se não assegura ao seu detentor qualquer direito de propriedade, produz o efeito de outorgar ao seu favorecido a condição de interessado no processo de demarcação dos terrenos de marinha, pois desse feito resulta a desconstituição parcial<sup>171</sup> do título que antes se acreditava outorgar domínio sobre o bem nele especificado.

Sobre essa questão, o STJ já emitiu pronunciamento, sendo oportuna a transcrição de trecho de sua ementa:

(...) 4. Esta Corte Superior possui entendimento pacificado no sentido de que o registro imobiliário não é oponível em face da União para afastar o regime dos terrenos de marinha, servindo de mera presunção relativa de propriedade particular - a atrair, p. ex., o dever de notificação pessoal daqueles que constam deste título como proprietários para participarem do procedimento de demarcação da linha preamar e fixação do domínio público -, uma vez que a Constituição da República vigente (art. 20, inc. VII) atribui originariamente àquele ente federado a propriedade desses bens.(...)  
(REsp 1183546/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 08/09/2010, DJe 29/09/2010).

Mas além da desconstituição do título, a conclusão do processo de demarcação produz também o efeito de autorizar a União a promover o cadastramento da ocupação e, em razão deste, efetuar as respectivas cobranças das taxas de ocupação. E por conta disso é que se confere, mesmo àqueles que sequer são detentores de títulos, a condição de interessados nos processos de demarcação.

Quanto a estes “meros” ocupantes, além de suportarem a cobrança de encargos como consequência mediata<sup>172</sup> do processo de demarcação, o seu interesse decorre também em razão de que, com a caracterização dos imóveis como sendo terrenos de marinha, termina por lhes ser subtraída a possibilidade de, com o decurso do tempo na posse dos imóveis que ocupam, e mediante ação de usucapião, adquirir a propriedade desses bens. Isso em razão de que, conforme prescrevem os arts. 183, §3.º, e 191, parágrafo único, ambos da Constituição de 1988, os bens públicos não podem ser objeto de usucapião.

A condição de interessado em um determinado processo confere ao indivíduo uma esfera de proteção a que também se atribui o *status* de fundamental, a qual Marinoni e Mitidiero (2013, p. 699) designam de “Direitos fundamentais processuais”. Tais direitos

<sup>171</sup> A razão pela qual se considera apenas parcial a derrogação do título reside no fato de que, perante terceiros, para fins de invocação da proteção possessória por exemplo, ainda conserva ele alguma utilidade para o seu detentor. Além do mais, nos termos e nas hipóteses do que dispõe o art. 105, §1.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, pode conferir ao seu favorecido preferência ao aforamento do terreno de marinha a que se referir.

<sup>172</sup> Diga-se mediata pois a efetiva cobrança das taxas de ocupação somente será veiculada após a conclusão do processo de cadastramento das ocupações. O cadastramento das ocupações é, portanto, providência que se verifica posteriormente ao processo de demarcação, mas que se encontra condicionado à conclusão deste.



decorrem de normas constitucionais expressas e implícitas que se destinam a regular o processo, instrumento por meio do qual o Estado profere decisão ou se manifesta. Prestam-se tais direitos, assim, “a colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2013, p. 700).

Gilmar Mendes (2012, p. 214), por sua vez, utiliza a denominação “Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo”, embora faça a expressa ressalva de ser ela genérica e imprecisa, notadamente em razão de que pode conduzir à ideia de limitação à esfera jurisdicional, o que não é o caso, pois, segundo mesmo afirma Mendes, esses direitos se aplicam “no âmbito dos procedimentos administrativos em geral.”

Manifestamos, no entanto, preferência à terminologia adotada por Marinoni e Mitidiero, “direitos fundamentais processuais”, em razão de que esta, por adotar formulação que se atenta ao gênero (processo), e não a uma de suas espécies (judicial), afasta a imprecisão quanto ao âmbito de aplicação identificada por Mendes. Além disso, a referência ao vocábulo “garantia” pode conduzir à equivocada conclusão de que os direitos fundamentais processuais têm sua existência condicionada à de um direito material, o que não é correto.

A esta pesquisa, contudo, não convém minuciar a análise relativa aos direitos fundamentais processuais. Aqueles relacionados ao objeto deste trabalho serão oportunamente trabalhados, especificamente quando desenvolvido, mais adiante, o conceito de “processo justo”.

Antes, porém, como o presente estudo se propõe realizar uma “releitura do processo de demarcação à luz dos preceitos constitucionais vigentes”, impõe-se, precedentemente, expor sob que premissas metodológicas se pretende realizar esse intento.

## **2.9. A proposta hermenêutica de releitura do processo de demarcação dos terrenos de marinha.**

O presente trabalho se propõe realizar uma nova leitura do processo de demarcação dos terrenos de marinha, que deve ser conduzida a partir de um olhar afinado com o modelo de atuação estatal projetado pela Constituição de 1988. Preambularmente, então, é necessário que se fundamente a necessidade dessa nova leitura, bem como que se aponte o modo como se pretende realizá-la, justificando também a propriedade dos mecanismos de interpretação a serem utilizados. Dito de outra maneira: é imperioso dizer os porquês, o como e, ainda, os porquês do como se fará essa releitura.

Negligenciar essas providências seria incorrer em grave inconsistência metodológica, pois o ensejo da releitura é aferir a existência de desacertos na leitura atual e, constatados estes, propor as devidas correções, apresentando as razões pelas quais a nova leitura é mais adequada que a anterior. E isso tudo requer justificação, que se prestará a conferir legitimidade à sua conclusão.

### **2.9.1. Da necessidade de releitura**

A propósito, é necessário primeiramente rememorar que o processo de que se cuida é disciplinado pelo Decreto-lei n.º 9.760/1946, em especial nos artigos de 9.º ao 14. Desde a edição desse diploma, poucas e não substanciais foram as alterações legislativas daquelas disposições, de modo que subsiste formalmente o modelo concebido pelo legislador ordinário da década de quarenta do século (e milênio) passado(s), mas que consagrou alguns conceitos que remontam ao início do século XIX.

Editado quando ainda vigente a Constituição de 1937, de lá para cá o Brasil já teve outras quatro Constituições. Somente essa circunstância se prestaria a justificar a releitura aqui proposta.

Mas não é só pela quantidade de constituições que se sucederam, e sim pelo descompasso expressivo quanto à qualidade das constituições de outrora e de agora. O modelo de Estado estabelecido pela Constituição de 1988 é bem distinto daquele no seio do qual aquela norma legal foi introduzida no ordenamento jurídico. Em 1946, embora o Brasil já contasse com um presidente eleito, encontrava-se ainda constituído como um Estado de exceção, já que vigente estava a Carta outorgada por Getúlio Vargas em 1937.

Agora, bem diferente daquele contexto, tem-se um Estado que, ao menos no plano normativo, é comprometido com os valores democráticos e que elegeu como premissa maior de sua existência a plena realização dos direitos fundamentais dos indivíduos, sob a ótica dirigente e vinculante do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essas modificações do Estado Brasileiro, seja do ponto de vista estrutural, mas, sobretudo, no que se refere ao aspecto axiológico, conduzem à necessidade urgente, porque já tardia, de que o processo de demarcação dos terrenos de marinha seja revisto sob o prisma dos “novos” preceitos da ordem constitucional vigente.

A este ensejo, afigura-se como necessário que a União, por meio da Secretaria do Patrimônio da União, órgão responsável pela condução do processo em questão, incorpore verdadeiramente o compromisso estatal de salvaguardar os direitos fundamentais dos

indivíduos, em especial o de propriedade e os processuais, conferindo a estes plena efetividade.

A noção de Estado constitucional, já exaustivamente trabalhada nesta pesquisa, prescreve a submissão da União e dos seus órgãos ao códex de valores estabelecido na Constituição e na legislação infraconstitucional. Aliás, quanto a esta última, é preciso referenciar que a Lei Federal n.º 9.784/1999, logo em seu artigo inaugural, estabeleceu a seguinte prescrição: “Art. 1.º. Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, *visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.*”

Não foi sem propósito que a norma legal em epígrafe, a qual se destina a disciplinar o desenvolvimento de todos os processos administrativos instaurados no âmbito federal, estabeleceu como escopo primordial “a proteção dos direitos dos administrados”, disposição que se apresenta na norma legal antes mesmo de se aludir ao “cumprimento dos fins da Administração”. Essa precedência topográfica deve ser entendida como um ato deliberado do legislador, no sentido de prestigiar a fórmula constitucional, de que a realização dos direitos fundamentais dos indivíduos deve conduzir os interesses do Estado. Os fins do Estado, portanto, condicionam-se aos direitos fundamentais dos indivíduos, e não o contrário.

É com fundamento nessas premissas axiológicas, que ostentam caráter normativo por força da Constituição, que toda atividade estatal deve ser desenvolvida. Por conseguinte, a realização dos direitos fundamentais dos indivíduos deve ser considerada como vetor interpretativo de todas as normas jurídicas, onde se inclui, por óbvio, o Decreto-lei n.º 9.760/1946.

E apresentada a razão de ser necessária a releitura do processo em questão, impõe-se agora apontar os instrumentos por meio dos quais será ela realizada. Acerca desta questão, é preciso anotar que não se pretenderá desenvolver extensa fundamentação quanto à pertinência do método que se pretender utilizar. Aqui se fará somente a justificação necessária a evidenciar sua serventia e eficácia para os fins propostos, bem como se apresentarão suas principais premissas.

### **2.9.2. O porquê da escolha dos instrumentos para a releitura.**

Feitas essas considerações, cabe de logo registrar que a proposta a ser apresentada e realizada terá como referência imediata, para fins de interpretação das normas constitucionais,

elementos do método hermenêutico concretizador, a partir primordialmente (mas não exclusivamente) das formulações de Konrad Hesse. No que se refere ao exame de validade das normas legais que tratam especificamente do tema, será utilizada a técnica de interpretação conforme a Constituição.

As razões dessas escolhas são diversas.

Em primeiro lugar, entende-se que o método concretizador é o que se apresenta como mais profícuo no escopo de realçar a eficácia normativa da Constituição como instrumento de garantia dos direitos fundamentais. Também se aponte como razão o fato de Konrad Hesse trabalhar com maestria e objetividade o princípio da interpretação conforme, que será também utilizado como instrumento de revisão da tradicional exegese das disposições legais que disciplinam a atividade de demarcação dos terrenos de marinha.

Além disso, registre-se o fato de o autor deste trabalho integrar, com o seu Orientador, o Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso, o grupo de pesquisa denominado “Direitos Fundamentais e Direito Público”, da linha de pesquisa “A hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais”, que é liderado pela Professora Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa.

Por fim, há de se consignar que as formulações de Konrad Hesse, quanto ao método concretizador, contam com expressiva aceitação dos doutrinadores do Direito Constitucional, bem como da jurisprudência construída no âmbito do Supremo Tribunal Federal<sup>173</sup>.

Cumprida essa exigência metodológica, é preciso agora apresentar os seus preceitos essenciais do método hermenêutico concretizador e da técnica de interpretação conforme a Constituição.

### **2.9.3. Os instrumentos da hermenêutica concretizadora.**

Hesse (2009-D, p. 108) considera que “interpretação constitucional é concretização”, ou seja, a atividade que se destina a revelar o conteúdo da Constituição a partir da conjugação do texto à “realidade” que se pretende ordenar. Daí dizer ele que a interpretação constitucional tem caráter criativo, pois somente com ela se tem por completada a construção do conteúdo da norma interpretada (2009-D, p. 109).

Ao tratar das condições da interpretação constitucional, Hesse (2009-D, p. 109) afirma que a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma que se pretende

---

<sup>173</sup> Acerca do tema, Supremo Tribunal Federal: MS 26860/DF; Rcl 4335/AC; RE 567985/MT; ADI 4425/DF.

concretizar, o que deve decorrer da intercessão da pré-compreensão do intérprete com problema pendente de solução. O intérprete, assim, realiza a mediação entre o texto normativo e o problema, ou, nas palavras de Canotilho (2003, p. 1212), “entre texto e contexto.”

Hesse (2009-D, p. 109) assevera a necessidade de que o intérprete, ao promover essa mediação entre o texto normativo e o problema, insira-se concretamente na situação histórica, de modo que possa contemplar o contexto a partir de suas pré-compreensões, estas que deverão condicionar a compreensão do conteúdo da norma.

Acerca das pré-compreensões, Sampaio (2013, p. 439) afirma que elas “conduzem, no mínimo, à etapa inicial da hermenêutica, criando um projeto de interpretação do texto (...).” Daí a razão de Hesse (2009-D, p. 110) advertir acerca da imprescindibilidade de justificação das pré-compreensões do intérprete, de modo a evitar que a compreensão do problema resulte de uma mera projeção de pré-juízos. Ressalta, então, que a compreensão inicial deve ser objeto de sucessivas “correções e revisões”, até que se tenha por suficientemente esclarecido o sentido da norma. Como diz Canotilho (2003, p. 1212), é a noção “círculo hermenêutico”<sup>174</sup>, que transforma “a interpretação num movimento de ir e vir” entre o texto e o contexto.

Fica evidente que para Hesse (2009-D, p. 110-111) a interpretação constitucional se desenvolve a partir desses três elementos: as pré-compreensões, o texto normativo e o problema em questão. Isso por considerar que interpretar não é apenas revelar o sentido de algo que preexiste abstratamente. A norma, pois, será concretizada como resultado de uma “tópica”<sup>175</sup> condicionada (“vinculada”) pela norma (texto normativo), mas na qual o intérprete deverá considerar todas as possibilidades interpretativas da norma interpretada, e não apenas a que tender a confirmar suas pré-compreensões.

A interpretação constitucional, segundo Hesse (2009-D, p. 113) deve ser desenvolvida sob a orientação de princípios. Menciona inicialmente o *princípio da unidade da Constituição*, segundo o qual esta deve ser tomada como um conjunto sistêmico de

<sup>174</sup> Sobre o funcionamento do círculo hermenêutico, Sampaio (2013, p. 427) apresenta a seguinte sistematização: “a) o intérprete não é um ser neutro, ele sempre tende a impor ao texto um sentido prévio; b) o questionamento dessa imposição pessoal ao texto é obrigatório. Interpretar não é um ato arbitrário de vontade; c) a construção de sentidos é um processo social e exige comprometimento do intérprete, de modo a identificar as múltiplas interpretações constitucionais e, ao mesmo tempo, promover a integração de todos; d) o texto, mesmo com todas as ambiguidades e aberturas semânticas, limita essa arbitrariedade ao ponto de serem requisitadas operações de ajustes entre as partes (palavras dentro de artigo, artigos entre si, bem como entre parágrafo e incisos) com o todo (o significado que, enfim, damos ao texto)”.

<sup>175</sup> Canotilho (2003, p. 1211) define a tópica como “uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica de pensar problemático.” A tópica se desenvolveria da seguinte maneira: “os aplicadores-intérpretes servem-se de vários *topói* ou pontos de vista sujeitos às provas das opiniões pró e contra, a fim de descortinar, dentro de várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema.”

elementos<sup>176</sup> e dessa maneira há de ser interpretada, a fim de evitar que a consideração isolada de determinados aspectos possa conduzir à conclusão de que existam contradições entre suas normas. Como esclarece Sampaio (2013, p. 442), essa unidade da Constituição deve ser compreendida como a unidade de suas normas, ou seja, como resultado da interpretação do texto no contexto, e não a partir do cotejo de dispositivos no plano abstrato. A unidade, assim, será “sempre *a posteriori*, concreta e móvel”.

Hesse (2009-D, p. 113-114) se refere também ao *princípio da concordância prática*, segundo o qual a interpretação deve conduzir a uma solução do problema que preserve ao máximo os bens ou valores que se encontrem em colisão, evitando-se que uma precipitada ponderação proponha a realização de um em sacrifício do outro. Essa “máxima otimização” se destina a viabilizar que ambos os bens tenham uma ótima efetividade, como consectário também do princípio da unidade da Constituição, o qual possui estreita relação com o da concordância prática.

Os limites de coexistência entre esses bens seriam concretamente apontados pela proporcionalidade, que Hesse define nesse contexto como “uma relação entre duas magnitudes variáveis, concretamente aquela que corresponda melhor a essa tarefa de otimização e não uma relação entre um ‘objetivo’ constante em um ou mais ‘meios’ variáveis.”

Embora Hesse, neste ponto, não se refira à proporcionalidade como princípio, parte<sup>177</sup> da doutrina nacional o faz. Nesse sentido, Sampaio (2013, p. 450) afirma que a proporcionalidade, como princípio, ampliou-se para além da noção geral de “proporção como equilíbrio”, servindo hoje “para aferir se uma dada intervenção no âmbito dos direitos fundamentais é legítima ou indevida. Em geral, diz proporcional a intervenção que não é excessiva tampouco insuficiente. Excessiva para restringir um direito; insuficiente para realizá-lo”.

Sampaio (2013, p. 451) aponta como fundamentos constitucionais da proporcionalidade a necessidade de harmonização da coexistência dos direitos fundamentais,

<sup>176</sup> Acerca dessa questão, com as perspicácia que lhe é peculiar, Grau (2013, p. 84) também adverte que “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.”

<sup>177</sup> Afirmando que, no sentido estrito, a proporcionalidade não é princípio, mas regra que integra o procedimento de construção racional do discurso, Cardoso (2001, p. 201-202, em nota de rodapé) esclarece a concepção de Alexy a respeito do tema: “O autor apresenta a proporcionalidade no capítulo III, tópico 8, de sua *teoría de los derechos fundamentales* como sendo uma máxima. Em diversas passagens de sua obra, denomina proporcionalidade – além de máxima – de princípio (p. 539, p. ex.) ou de regra (p. 112, p. ex.). Esclarece, entretanto, que adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, não são máximas nem princípios, por não serem ponderadas frente a algo diferente. São satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência a ilegalidade.” Cardoso, ao longo da obra em referência, volta a se referir à proporcionalidade como regra (p. 205, 209, 217, p. ex.).

associada aos ditames do Estado democrático de direito, sendo “um juízo teleológico de compatibilização de meios (restritivos) e fins (promocionais), levando em conta a relevância das normas comparadas.”

Para Sampaio, a proporcionalidade estaria subdivida em três máximas ou subprincípios: idoneidade (ou adequação, aptidão), necessidade (ou exigibilidade, alternativa menos prejudicial) e ponderação (ou proporcionalidade estrita). E, sobre elas, faz a seguinte explanação:

De acordo com a idoneidade (adequação, aptidão), a medida restritiva deve ser, pelo menos em tese, capaz de realizar a finalidade a que se propõe: promover outra norma, mais exatamente, objeto ou bens constitucionais. Cuida-se de uma avaliação abstrata e pouco exigente. Basta, em tese, que o seja. É preciso deixar dito que, para alguns, essa máxima inclui o pressuposto da finalidade legítima ou constitucional. A necessidade (ou exigibilidade) requer que se considerem outras alternativas igualmente eficazes e disponíveis ao legislador, quando escolheu o meio restritivo em questão. Se não existir, de maneira evidente, medida menos gravosa ou menos restritiva, a máxima estará atendida. Finalmente, chega-se à proporcionalidade estrita ou ponderação<sup>178</sup>, tema que já apresentamos anteriormente.

Sampaio (2013, p. 456-457) trata, ainda, do princípio da razoabilidade,<sup>179</sup> que descreve como “a racionalidade do possível”, associando-a à adequação entre meios e fins.

Após mencionar a existência de controvérsia acerca da cogitada identidade entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, Sampaio afirma que a doutrina Alemã promove essa distinção. Ele, contudo, sugere que a proporcionalidade corresponderia a uma das manifestações da razoabilidade<sup>180</sup>. E nesta linha de entendimento apresenta os três sentidos que, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, poderiam ser conferidos à expressão razoabilidade: i) proporcionalidade (instrumentalidade), já tratada anteriormente; ii) coerência, com corresponde clareza das leis, bem como da conformação destas com o sistema constitucional; iii) correspondência com a realidade, ou seja, o programa normativo deve ser suscetível à conformação com os fatos, com a realidade e a natureza das coisas (SAMPAIO, 2013, p. 458).

<sup>178</sup> Para Sampaio (2013, p. 444) ponderação “é definida como a operação em que se comparam os argumentos trazidos em defesa de cada norma em conflito, de modo a identificar justificadamente qual haverá de prevalecer para reger um caso concreto.” E mais adiante afirma que “Como resultado desta operação encontra-se uma regra de precedência condicionada de uma norma constitucional sobre a outra. Regra que impõe para os caso as consequências da norma prevalente.”

<sup>179</sup> No mesmo sentido de compreender a razoabilidade como princípio: CARDOSO, 2011, p. 220. Que entendem a razoabilidade como postulado normativo, ou seja, como condições para compreensão concreta do Direito (ÁVILA, 2013, p. 154): ÁVILA, 2013, p. 173 e 205. Grau, por sua vez, considera a razoabilidade (assim como a proporcionalidade, que tem como figuras distintas) com “pautas normativas de aplicação do direito.”

<sup>180</sup> A distinção dos conceitos de proporcionalidade e razoabilidade é apontada como desnecessária por Barroso (2012, p. 328). Em sentido contrário, sustentam a não identidade conceitual: ÁVILA, 2013, p. 180-182; CARDOSO, 2011, p. 220-221.

Retomando por diretriz da pesquisa o pensamento de Hesse (2009-D, p. 115), registre-se a alusão ao *princípio da correção funcional*. Esse se destina sobretudo a regular o correto exercício das competências estabelecidas na Constituição, dirigindo-se especialmente aos órgãos aos quais se atribui o exercício da jurisdição constitucional, que deverão se abster de limitar a atuação de legislador que atue em conformidade com a Constituição.

Hesse (2009-D, p. 115) também se refere ao critério da *eficácia integradora da Constituição*, que a doutrina, entretanto, trata como princípio (CANOTILHO, 2003, p. 1224; SAMPAIO, 2013, p. 461). A partir dele, tem-se que as soluções interpretativas devem privilegiar os pontos de vista que reforcem a unidade política que a Constituição se propõe criar.

Por fim, Hesse apresenta a *força normativa da Constituição*, traço mais característico de toda a sua obra, que também trata como um critério de interpretação constitucional, mas que, do mesmo modo como se deu em relação ao critério anterior, a doutrina compreende consubstanciar verdadeiro princípio (CANOTILHO, 2003, p. 1226). Levando em consideração o caráter histórico das normas constitucionais, do que decorre a necessidade de perene atualização de seus conceitos, a interpretação constitucional deve ser desenvolvida de modo a preservar a sua eficácia, possibilitando a compatibilização das normas da Constituição com o ambiental social.

Ao arrematar suas considerações, mesmo admitindo a impossibilidade de se conferir absoluta exatidão à interpretação constitucional, Hesse (2009-D, p. 116) afirma que “resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis” serão obtidos com maior possibilidade caso essa atividade seja realizada considerando a vinculação entre a norma e o problema concreto. Ressalta (2009-D, p. 117), no entanto, que as possibilidades interpretativas devem sempre estar compreendidas no texto constitucional. Por isso considera que a Constituição exerce uma função “racionalizadora, estabilizadora e limitadora”, que veda peremptoriamente a possibilidade de desvio ou reforma de seu texto por meio da interpretação, sob pena de que, a pretexto de interpretar, o intérprete promova o que ele denominou de “enfraquecimento constitucional.” Em outros termos, o texto legal é fundamento e ponto de partida mas, ao mesmo tempo, é também o limite da interpretação constitucional.



#### 2.9.4. A interpretação das leis conforme a Constituição.

Hesse também apresenta formulações (2009-D, p. 118) acerca do *princípio da interpretação conforme a Constituição*<sup>181</sup>.

Fundamentado no *princípio da unidade do ordenamento jurídico* (HESSE, 2009-D, p. 119), a interpretação conforme a Constituição tem sua formação e contornos atribuídos por Hesse à construção pretoriana realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão<sup>182</sup>. Todavia, embora esse princípio tenha sua origem vinculada à atividade desenvolvida no âmbito da jurisdição constitucional, Hesse afirma que a sua aplicação não a pressupõe. Aliás, foi exatamente essa peculiaridade da interpretação conforme que terminou por suscitar o debate acerca de ser ele um princípio relacionado ou não à interpretação constitucional.

Alguns constitucionalistas sustentam que a interpretação conforme se trata de mero ato de interpretar uma lei infraconstitucional, de modo que seu estudo deveria se situar fora dos limites da hermenêutica constitucional. Nesse sentido, Jorge Miranda (2011, p. 325) afirma ser “o tema próximo do da interpretação constitucional, embora dele distinto”, e na mesma linha de entendimento segue Celso Ribeiro Bastos (2014, p. 194) quando afirma que “já não está mais no campo do Direito Constitucional, e sim no das demais leis, sobre as quais se aplica essa orientação.”

Virgílio Afonso da Silva (2007, p. 132) é mais contundente, asseverando que:

Sobre a interpretação conforme a constituição há pouco que falar, pelo menos aqui neste artigo, dedicado à interpretação constitucional. É fato curioso que essa forma de interpretação seja incluída entre os princípios da interpretação constitucional, visto que é fácil perceber que quando se fala em interpretação conforme a constituição não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis infraconstitucionais. A interpretação conforme a constituição pode ter algum significado, então, como um critério para a interpretação das leis, mas não para a interpretação constitucional.

<sup>181</sup> Sobre a condição de princípio da interpretação conforme a Constituição, Streck (2013, p. 746) é enfático: “Entendo que, alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela.” Que também consideram a interpretação conforme a Constituição como princípio: Canotilho (2003, p. 1226), Barroso (2012, p. 325; 2009, p. 193), Sampaio (2013, p. 462), Sarlet (2013, p. 228). Bonavides (2012, p. 534) e Mendes (2014, p. 328) se referem à interpretação conforme como um método. Laurentiis (2012, p. 65) e Bastos (2014, p. 194) a qualificam como uma técnica, que remete a um âmbito mais restrito que o método, quiçá como integrante (ou que pode ser integrado a) de um método.

<sup>182</sup> Essa conclusão é controversa. Mendes (2014, p. 327) afirma que, quando do estabelecimento do Tribunal Constitucional Alemão, a jurisprudência da Suprema Corte Americana já utilizava essa técnica. A mesma referência é feita por Laurentiis (2012, p. 44 e 46).

Nada obstante, com razão estão os que, tal como Hesse, reconhecem que a interpretação conforme a Constituição interessa ao Direito Constitucional, sendo princípio que integra o rol de instrumentos de interpretação das normas constitucionais.

Afinando com essa orientação, José Afonso da Silva (2014, p. 882-883) afirma que a questão interessa à interpretação constitucional, uma vez que a aferição de compatibilidade entre as leis e a Constituição demanda a interpretação de ambas, de modo que a interpretação conforme a Constituição é matéria compreendida no “campo de estudo dos constitucionalistas e da competência de jurisdição constitucional.”

O próprio Hesse (2009-D, p. 122) pronuncia-se sobre essa questão, fazendo-o nos seguintes termos:

A “interpretação conforme” não coloca somente a questão relativa ao conteúdo da lei submetida a controle mas também a referente ao conteúdo da Constituição, segundo a qual essa lei deverá ser apreciada. Exige, pois, tanto a interpretação da lei quanto a da Constituição, e dado que tanto a relação material quanto a funcional vão no sentido da manutenção da lei, a interpretação conforme interpretará a norma constitucional, dentro do possível, no sentido em que o legislador a concretizou. Daí que a interpretação conforme das leis venha a ser, em seus efeitos, reflexo sobre a interpretação da Constituição, interpretação da Constituição conforme a lei. Nisso se manifesta como um princípio suplementar - cabe dizer-se mediato - da interpretação da Constituição por parte dos tribunais.

Realmente não há como situar a interpretação conforme a Constituição fora do âmbito da interpretação constitucional. A propósito, o princípio da interpretação conforme estabelece que, havendo dentre as possibilidades interpretativas alguma que esteja em consonância com a Constituição, não se deverá declarar nula uma lei. Em sendo assim, por óbvio que essa atividade demandará, necessariamente, também o exame das normas constitucionais, exatamente em razão de que o intérprete deverá identificar, na possibilidade interpretativa da lei tida por compatível com a Constituição, o programa normativo por esta projetado sobre aquela lei.

Essa preocupação com a preservação das leis decorre da presunção de que estas tenham sido editadas em sintonia com preceitos da Constituição, daí haver quem sustente existir mesmo um “princípio de presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos” (BARROSO, 2012, p. 324). Sem adentrar na discussão acerca da questão ontológica dessa presunção, de fato que ela existe e milita em favor da legislação, pois legislador teria a primazia na função de concretizar a Constituição, incumbindo-lhe “em primeira linha a conformação jurídica das relações sociais” (HESSE, 2009-D, p. 120).

Todavia, essa presunção é *juris tantum*, ou seja, relativa, sendo suscetível de derrogação caso não haja dúvida quanto à inconstitucionalidade da lei. E acerca desse aspecto, Hesse (2009-D, p. 119) faz uma advertência: “em nenhum caso deve ser declarada nula uma lei quando a inconstitucionalidade não é evidente, mas apenas que existem reservas, por mais sérias que elas sejam”.

Segundo Sampaio (2013, p. 462), a interpretação conforme a Constituição exerceria duas funções básicas: uma corretiva e outra de atualização da legislação. Como “técnica de correção legislativa”, ela promoveria a correção de eventuais indeterminações das leis editadas posteriormente à promulgação da Constituição, conformando-as às normas desta última. Já como “técnica de recepção de normas pré-constitucionais”, a interpretação conforme promoveria a atualização das leis editadas antes de ter vigência a Constituição, preservando-as na medida em que aponta um sentido para as normas legais que seja compatível com as constitucionais.

A função de atualização da interpretação conforme a Constituição é também pontuada por Hesse (2009-D, p. 119), quando menciona que o Direito anterior “deve ser adaptado à nova situação constitucional”. Isso se dá em razão de que, sendo o Direito ciência que se liga aos fatos sociais, tem ele caráter eminentemente cambiante, do que decorre a necessidade de se aferir constantemente a subsistência da compatibilidade das regras legais com as normas da Constituição vigente.

Há, ainda, importante questionamento que se refere ao proveito desses princípios para Administração. Cabe indagar, então: à Administração interessa conhecer os princípios informadores da interpretação constitucional?

Sobre essa questão, é preciso consignar que a correta aplicação desses instrumentos, especialmente os destinados a promover a interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com as normas constitucionais, não se mostra útil apenas aos agentes políticos que podem instaurar ou promover, de forma imediata e direta, o processo de revisão formal das normas legais. Muito menos se pode dizer que tais mecanismos tenham serventia apenas para o Poder Judiciário, que concreta ou abstratamente está autorizado a proceder ao controle de constitucionalidades das leis.

A propósito, não há como se afastar, *prima facie*, a possibilidade de a Administração se valer de instrumentos hermenêuticos para ajustar sua conduta às normas constitucionais. O raciocínio deve ser bem diferente, nos termos do que a seguir se aduzirá.

Como mencionado anteriormente, o princípio da legalidade experimentou significativas transformações, devendo ser compreendido como vinculação da Administração

ao ordenamento jurídico, no qual se coloca em primeiro plano a Constituição. Se assim é, imperioso que os que integram a Administração compreendam corretamente o conteúdo de suas normas, para o que deverão se valer de técnicas de interpretação constitucional, e não (apenas) dos recursos da hermenêutica tradicional. Somente dessa maneira a Administração poderá pautar corretamente sua atuação pela premissa antes mencionada, ou seja, de imediata e irrestrita obediência às normas constitucionais.

Que fique claro, contudo, que não se pretende aqui sustentar a possibilidade de a Administração, expressão que aqui deve ser entendida em sua acepção estrita<sup>183</sup>, realizar difusamente o controle de constitucionalidade das leis. Em absoluto, isso não é o que se propõe, até em razão de que, como é sabido, da utilização técnica da interpretação conforme não resulta uma declaração de inconstitucionalidade da lei, mas de constitucionalidade de um dos sentidos extraídos do texto desta, ou seja, de uma possibilidade interpretativa.

Também não se quer aqui afirmar a possibilidade de a Administração atuar como legislador positivo, criando uma “nova” norma a partir de um texto normativo “velho”. Na verdade, essa “nova” norma resulta da concretização do texto normativo em razão de um novo contexto histórico de aplicação. Administração apenas reconhecerá a existência dessa “nova” norma, posta pelo ordenamento jurídico-constitucional e que está consubstanciada numa possibilidade interpretativa do texto da lei compatível com a Constituição. A Administração, com isso, abandonará a possibilidade interpretativa incompatível com a Constituição, ou seja, a “velha” norma que não mais existe (pois, como já dito, incompatível com a Constituição), ao passo que irá se orientar pela possibilidade interpretativa que se conforma às normas constitucionais. Trata-se apenas de dar cumprimento ao poder-dever de autotutela<sup>184</sup>, que impõe à Administração promover o aperfeiçoamento de sua conduta a partir do que é estabelecido pelas leis e, em especial, pela Constituição. E para tanto, não se olvide, esta precisa ser interpretada e compreendida.

Também não se cogite afirmar que a eventual correção de atuação pela Administração violaria o princípio da segurança jurídica. A Administração não tem

<sup>183</sup> Segundo Di Pietro (2004, p. 58), Administração Pública, em uma acepção estrita, cinge-se aos sentidos subjetivo (pessoas, órgãos e agentes que realizam a função administrativa) e objetivo (que corresponde à atividade administrativa), distinta, portanto.

<sup>184</sup> Súmula n.º 346 do STF: “A Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos.” Súmula n.º 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” É necessário se atentar para o fato de que o verbo “pode” não significa, no contexto empregado, que existe uma faculdade de a Administração anular ou não os atos ilegais (ou inconstitucionais). Quer dizer, de forma diversa, que ela não precisa recorrer ao Poder Judiciário para promover a revisão de seus atos, “podendo” (devendo) ela própria fazê-lo.

compromisso com o erro, com a ilegalidade, muito menos com a inconstitucionalidade. Além do mais, há de se indagar o que representa maior insegurança jurídica: a Administração abandonar determinada prática que se fundava em um sentido, ou seja, numa possibilidade interpretativa de lei (repita-se: não se nega obediência à lei, mas apenas se passa a orientar por outro sentido desta mesma lei), ou, de outro modo, a Administração negar cumprimento às normas constitucionais, sob o argumento de ser defeso aos seus “órgãos aplicarem a técnica de interpretação conforme a Constituição”? Certamente negar normatividade à Constituição representa maior risco à estabilidade do ordenamento jurídico-constitucional do que simplesmente reconhecer que, em razão de transformações no ambiente social, o sentido de uma norma infraconstitucional não é mais o mesmo. Dessa forma, com as escusas que se fizerem necessárias, é imperioso reconhecer que a conclusão de Laurentiis (2012, p. 161 e 272), no sentido de afirmar a inaplicabilidade da interpretação conforme pela Administração, não é procedente, pois sustentada em um raciocínio que contém impropriedades, conforme se aduzirá a seguir.

Por dever de fidelidade, impõe-se, antes de tudo, reproduzir-se alguns dos fundamentos utilizados por Laurentiis (2012, p. 160):

Por fim, mesmo que se admita que a Administração Pública possa realizar o controle de constitucionalidade das leis – conclusão negada por este estudo – seria ainda mais difícil aceitar a possibilidade de tais órgãos de Estado servirem-se da técnica de interpretação conforme a Constituição. Isso porque, como bem observou Carlos Maximiliano, o ônus argumentativo incidente sobre eventual declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Poder Executivo é completamente diferente daquele que incide na atividade jurisdicional dos magistrados. Assim, quando o Executivo se deparar com leis que tangenciam a inconstitucionalidade, mas aparentam ser constitucionais, estará diante de um caso de dúvida interpretativa que admite, em tese, o manejo da interpretação conforme a Constituição. Contudo, essa técnica só será efetivamente utilizável se a dúvida interpretativa militar a favor da afirmação da constitucionalidade das leis. Na dúvida, o órgão do Poder Executivo, tal qual o Legislativo, de se pronunciar pela inconstitucionalidade, não a constitucionalidade, da norma questionada.

Convém pontuar que não é oportuno, por desnecessário, analisar premissa que inaugura o trecho acima transcrito, que se refere à cogitada (im)possibilidade de os órgãos de direção da Administração Pública promoverem o exame de constitucionalidade. Neste ponto, há de se concordar com suas conclusões, no sentido de negar à Administração Pública a faculdade de promover tal espécie de controle. Mas isso quer dizer, e nada mais que isso, que ela não pode fazer a avaliação de leis tal como os órgãos jurisdicionais o fazem, ou seja, ela

não poderá utilizar a interpretação conforme como “técnica específica de controle de constitucionalidade”<sup>185</sup>.

Mas se poderia afirmar, então, que a interpretação conforme deve ser entendida apenas como “técnica específica de controle de constitucionalidade”? A essa pergunta o próprio Laurentiis (2012, p. 74) responde negativamente, sendo oportuno, também por dever de fidelidade, transcrever as suas considerações:

Essa dicotomia de significações inerente à própria noção de interpretação conforme a Constituição foi corretamente identificada por Jorge Miranda. Essa autor conferiu dois sentidos à interpretação conforme a Constituição. No primeiro deles, denominado por ele com precisão de sentido genérico, a interpretação conforme a Constituição é um método hermenêutico que nada mais faz do que “conceder todo o relevo, dentre do elemento sistemático da interpretação, à referência à Constituição”. Em um segundo sentido, diz esse autor, a interpretação conforme a Constituição ganha uma acepção específica, pois ela já não é só “uma regra de interpretação, mas um método de fiscalização da constitucionalidade; e justifica-se em nome do princípio de economia do ordenamento ou máximo aproveitamento dos actos jurídicos, não de uma presunção de constitucionalidade da norma.”<sup>186</sup>  
Tal visão se mostra adequada com a dualidade de influências com base em que foi construído o sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade. A partir dessas contestações parece ser possível concluir que, no Brasil, a interpretação conforme a Constituição não é conceito unívoco.

Desse modo, se o próprio Laurentiis admite que a interpretação conforme possui no direito brasileiro duas acepções, e se uma delas, a “genérica”, é um “método hermenêutico”<sup>187</sup>, não se pode subtrair da Administração Pública a possibilidade de utilizá-lo como instrumento de interpretação do ordenamento jurídico-constitucional. Pensar diferente seria fazer tábula rasa das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional, na medida em que se determinaria à Administração desprezar aquele sentido da lei que se encontra em consonância com a Constituição.

E aqui há de se pontuar mais uma impropriedade das considerações de Laurentiis, ao afirmar que a utilização da interpretação conforme a Constituição pela Administração como “método hermenêutico” conduziria à negação de “aplicação de leis e atos normativos pretensamente inconstitucionais.”<sup>188</sup> Da polissemia que resulta da lei, ao menos um sentido há se conformar com a Constituição, pois, como assevera Hesse (2009-D, p. 119), a “interpretação conforme não é possível contra ‘texto e sentido’ (...)”. Assim, a utilização da

<sup>185</sup> A expressão é referida por Laurentiis (2012, p.74) para **uma** das acepções possíveis do conceito de interpretação conforme a Constituição.

<sup>186</sup> Citação da obra: MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional.

<sup>187</sup> É preciso rememorar, como registrado em nota anterior, que os doutrinadores divergem quanto a essa natureza, uns considerando a interpretação conforme a Constituição como princípio, outros métodos ou, ainda, como técnica.

<sup>188</sup> A afirmação consta no terceiro parágrafo da página 157 da 1.ª edição de sua obra.

interpretação conforme a Constituição, ao invés de negar aplicação da uma lei, irá confirmá-la, preservando-a com o sentido do texto que seja condizente com as normas constitucionais.

Outro argumento equivocado invocado por Laurentiis para sustentar sua conclusão é o de que “todas” as dúvidas quanto ao conteúdo das normas constitucionais devam ser “prontamente” direcionadas ao Poder Judiciário<sup>189</sup>, do que decorreria a inexorável conclusão de não haver outro meio de se aclarar o sentido daquelas controvérsias. Admitir esse argumento seria lançar por terra toda a construção teórica no sentido de que a Administração se encontra vinculada em primeiro plano à própria Lei Maior<sup>190</sup>, bem como de que todos os que se encontram a esta subordinados são também seus intérpretes. O entendimento de Laurentiis é, neste ponto, diametralmente oposto ao de Peter Häberle (2002, p. 12), que desenvolveu a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição sob a seguinte premissa: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos. Não existe nenhum *numerus clausus* dos intérpretes da Constituição!”.

Em especial sobre a Administração como participante da atividade interpretativa da Constituição, Häberle (2009, p. 68) é incisivo:

Assim como o processo de interpretação constitucional afigura-se disciplinado e disciplinador pela utilização de métodos “jurídicos”, assim, também se afiguram variados e difusos os eventos que precedem a esse processo: relativamente racionais afiguram-se os processos legislativos, desde que se trate de interpretação da Constituição. E isso se dá freqüentemente; assim também a Administração, enquanto Administração “interpretativa” do bem-estar, opera de modo racional, outros meios de atuação estatal devem ser consideradas.

Esse pensamento de Häberle é amplamente compartilhado pela doutrina estrangeira e nacional, sendo contraproducente aqui compendiar os diversos pensamentos a respeito. Oportuno, no entanto, pela precisão da assertiva e pela pertinência com o tema, transcrever o trecho de obra de Barroso (2009-B, p. 216) sobre a questão em análise:

A interpretação constitucional, como é corrente, é levada a efeito pelos três Poderes do Estado. Embora a interpretação judicial desfrute de primazia, devendo prevalecer

<sup>189</sup> Mais uma vez se impõe a reprodução das considerações de Laurentiis (2012, p. 159): “Sistemas de controle de constitucionalidade como o brasileiro ou o português sinalizam, ao contrário, para a necessidade de que todas as causas sobre as quais parem dúvidas fundadas acerca da constitucionalidade de normas infraconstitucionais sejam prontamente encaminhadas ao judiciário, para que assim os órgãos que fora incumbidos de aplicar a sanção de inconstitucionalidade exerçam essa função. Por isso, ao se admitir a possibilidade de a Administração Pública declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, posterga-se a solução inadiável da questão constitucional pelo Poder Judiciário”

<sup>190</sup> Sobre essa temática esta pesquisa se debruçou exaustivamente. Remetemos o autor, portanto, à leitura das seções precedentes.

em caso de controvérsia, é fora de dúvida que o legislador e o administrador também tem sua atuação fundada na Constituição, precisando interpretá-la na rotina de suas funções. De fato, é nela que deverão colher os princípios inspiradores de sua conduta e os fins a serem realizados com sua atividade.

A afirmação de inexistência de um monopólio interpretativo em (des)favor do Poder Judiciário é, pois, ponto comum entre os que se dedicam ao estudo de temas relativos à hermenêutica constitucional, o que decorre da compreensão do risco que isso representaria para o modelo estrutural de Estado constitucional, que se fundamenta na exigência de um equilíbrio na distribuição das funções estatais. É a lógica consubstanciada no princípio da independência harmônica entre os poderes.

E seria engano acreditar que ao Poder Judiciário interessaria que o modelo constitucional lhe conferisse efetivamente esse “privilegio”. Sustentar esse entendimento<sup>191</sup> é desconhecer ou ignorar a realidade do Poder Judiciário brasileiro, ao qual isso definitivamente não interessa! Em primeiro lugar, porque representaria um desarranjo em uma arquitetura de Estado que, embora imperfeita, é certamente melhor do que aquela em que se verificasse a hipertrofia de um poder constituído em detrimento dos demais. Além disso, em especial no Brasil, onde a litigiosidade exacerbada quase que impossibilita uma prestação jurisdicional efetiva (quicá já o tenha feito), concentrar no Poder Judiciário a atribuição de dirimir dúvidas constitucionais representaria a gota d’água que falta para inviabilizar de vez o cumprimento de suas competências constitucionais.

Se ao Poder Judiciário se reserva “(...) a última e decisiva palavra em matéria constitucional” (MOREIRA, 2012, p. 18), isso não quer dizer que seja a única, muito menos que se deseja que seja a primeira, como sugere Laurentiis (2012, p. 159) ao afirmar que as “dúvidas fundadas acerca da constitucionalidade de normas infraconstitucionais sejam prontamente encaminhadas ao judiciário”. A “primazia” a que Barroso antes se referiu significa que as decisões do Poder Judiciário são dotadas de definitividade e formam coisa julgada material e formal, não importando dizer que deva esse Poder primeiramente decidir.

Aliás, considerando que o Poder Judiciário não promove propriamente a mudança da norma constitucional<sup>192</sup>, mas apenas a reconhece como efluente do texto constitucional conjugado à realidade, é corretor dizer que se deve deixar que as questões relacionadas à mudança de sentido das normas constitucionais sejam suficientemente debatidas no meio social. Assim, melhor até que o Poder Judiciário somente se pronuncie sobre tais dúvidas

<sup>191</sup> Ressalte-se que não se atribui esse pensamento a Laurentiis.

<sup>192</sup> Não se nega ao Judiciário o papel de co-responsável pela criação do Direito. Diferente disso, apenas se ressalta que, em se tratando de mutações constitucionais, a ele incumbe reconhecê-las e definir os contornos da “nova” norma constitucional, ou seja, anunciando o sentido do “texto no contexto”.



quando o debate social já se encontrar devidamente amadurecido, e não, como sugerido, o imediatamente, “prontamente”.

Desse modo, é impróprio<sup>193</sup> não admitir que, no sentido genérico, e sem obviamente os efeitos a que refere a Lei n.º 9.868/1999, a interpretação conforme possa ser aplicada pela Administração Pública como princípio ou método hermenêutico, não para o fim de negar a validade de uma lei, mas para confirmar uma possibilidade interpretativa que se coadune com a Constituição. Tal proceder, longe de conduzir a Administração a uma atuação marginal à lei, qualifica-a como co-protagonista no processo de afirmação da normatividade da Constituição, tarefa que também lhe é outorgada, conforme bem leciona Canotilho (2003, p. 1200):

Realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer Constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através de sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da Constituição. Nessa “tarefa realizadora” participam ainda todos os cidadãos “pluralismo de intérpretes” que fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres.

Por tudo aduzido, a posição que se quer firmar é a da necessidade de a Administração conhecer e bem manejar recursos da hermenêutica constitucional, de modo que possa prestigiar a Constituição como parâmetro imediato de sua atuação.

#### **2.9.5. A solução de eventuais antinomias entre a Lei n.º 9.784/1999 e o Decreto-lei n.º 9.760/1946: o reforço da normatividade da Constituição.**

Sem maiores reflexões, poder-se-ia pensar que, verificando-se eventuais antinomias entre as disposições da Lei 9.784/1999 e as do Decreto-lei n.º 9.760/1946, a compatibilização de suas prescrições pudesse ser realizada valendo-se apenas dos critérios clássicos de resolução de conflitos dessa natureza, notadamente o da especialidade e o cronológico. Mas a questão não pode ser de tal modo reduzida, requerendo uma solução menos simplória que a mera invocação dos preceitos estabelecidos no *caput* e §§ 1.º e 2.º, do art. 2.º, da Lei n.º 4.657/1942, também denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

---

<sup>193</sup> Que se registre, por absolutamente necessário, não ser a intenção desta pesquisa desqualificar a obra de Laurentiis. O compromisso com a construção de um argumento, contrário especificamente à conclusão aqui combatida, fez imperiosa a referência a este autor. No mais, é de se registrar que sua obra é das mais abalizadas sobre o tema, pois minuciosa, sem perder a objetividade, e extremamente precisa ao apontar a fundamentação de todas as formulações ali consignadas.

A análise do problema deve se principiar pelo resgate do magistério de Bobbio acerca da unidade e coerência do sistema jurídico.

Manifestando adesão ao pensamento de Kelsen, no que se refere à unidade lógica do ordenamento jurídico<sup>194</sup>, bem como quanto à disposição escalonada das normas que o compõem<sup>195</sup>, Bobbio (2011, p. 79) afirma que, em se admitindo<sup>196</sup> que o ordenamento jurídico se constitua num sistema<sup>197</sup>, essa pretendida unidade somente se verificará efetivamente se os elementos que o compõem não estiverem “em relação apenas com o todo, senão que também estejam em coerência entre eles.” Coloca, então, a coerência como elemento essencial da preservação da unidade sistêmica do ordenamento jurídico.

Mas “o Direito é, ao mesmo tempo, unidade e multiplicidade” (REALE, 2000, p. 93), e dessa multiplicidade resultarão eventualmente antinomias, seja em razão da necessidade de se ajustar o direito a uma nova realidade, ou mesmo de eventual impropriedade técnica dos legisladores. E aí se apresenta a necessidade de identificar essas antinomias e, mais que isso, de solucioná-las (BOBBIO, 2011, p. 98).

Para solução dessas questões, Bobbio (2011, p. 96-97) apresenta três critérios básicos: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade. Pelo critério cronológico, também chamado de *lex posterior*, a existência de antinomia será resolvida pela prevalência da “norma posterior”. O critério hierárquico, ou *lex superior*, prescreve que a solução da incompatibilidade seja construída prestigiando a “norma” de hierarquia superior em detrimento daquela de menor quilate. Por fim, o critério da especialidade, ou da *lex specialis*, no caso de haver incompatibilidade entre uma “norma” geral e uma especial, determina que esta última há de prevalecer.

Bobbio (2011, p. 109-110) cogita a hipótese de haver conflito entre os critérios, e sugere a solução nos seguintes termos: i) havendo conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, terá preferência o critério hierárquico, resultando a prevalência da norma de

<sup>194</sup> “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade dessas normas. Essa unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem.” (KELSEN, 2009, p. 228)

<sup>195</sup> “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.” (KELSEN, 2009, p. 247)

<sup>196</sup> Bobbio (2011, p. 95) afirma que há apenas uma “tendência” de que cada ordenamento jurídico se constitua em um sistema.

<sup>197</sup> Acerca da natureza sistêmica do ordenamento jurídico, Del Vecchio, referenciado pelo próprio Bobbio (2011, p. 83), afirma o seguinte: “As proposições singulares jurídicas, mesmo podendo considerar-se também por si mesmas na sua abstração, tendem naturalmente a constituir-se em sistema. A necessidade de coerência lógica leva a aproximar dentre essas aquelas que são compatíveis e respectivamente complementares, e a eliminar as contraditórias e incompatíveis. A vontade, que é uma lógica viva, não pode desenvolver-se, mesmo no campo do direito, senão ligando as suas afirmações, a fim de reduzi-las a um todo harmônico.”

maior hierarquia; ii) se o conflito se verificar entre o critério da especialidade e o cronológico, o primeiro critério deverá ser utilizado na solução da antinomia, fazendo, assim, com que a lei especial seja aplicada<sup>198</sup>; iii) por fim, sendo o conflito entre o critério hierárquico e o especial, Bobbio afirma que “não existe uma regra geral consolidada.” Ele, contudo, manifesta preferência pela solução que privilegie a norma de hierarquia superior, embora reconheça que, “na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional(...)”.

Bobbio encerra suas considerações sobre o tema afirmando que “a coerência não é condição de validade, mas sempre condição de justiça do ordenamento”, pois se o sistema jurídico não apresentar adequada solução para suas eventuais antinomias, será tido como ineficaz no intento de inspirar certeza e justiça, já que possibilitará que duas normas, em situações semelhantes, produzam efeitos jurídicos distintos.

Sem desmerecer a serventia dos critérios apresentados por Bobbio, há de se reconhecer que eles são incompletos e, por vezes, não oferecem solução adequada à antinomias do ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, há de se pontuar a impropriedade de tratar por “norma” aquilo que, a toda evidência, seria apenas uma espécie desse gênero. Conforme reconhece a maioria<sup>199</sup> da doutrina nacional e estrangeira, as normas se dividem em duas categorias: os princípios e as regras (ALEXY, 2012, p. 85; CARDOSO, 2011, p. 197; JACINTHO, 2009, p. 58). Não é correto, portanto, referir-se a uma parte como se fosse o todo.

E a razão de se concluir que Bobbio toma “norma” por “lei” é exatamente o fato de ele apresentar critérios que são insuscetíveis de aplicação em relação aos princípios. As formulações por ele apresentadas são, em quase sua integralidade, regras do “tudo ou nada”, e como é sabido por todos, os princípios não podem ser aplicados dessa maneira, conforme bem o disse Dworkin (2010, p. 39).

Além do mais, embora Bobbio manifeste adesão ao pensamento de Kelsen, no sentido de que o ordenamento, como sistema, encontraria fundamento de validade em uma norma fundamental, parece ter desconsiderado o fato de que, em uma das acepções

---

<sup>198</sup> Mas Bobbio (2011, p. 110) faz uma advertência quanto à necessidade de aplicar com cautela essa fórmula de solução de conflito entre critérios. Se a lei especial for de menor hierarquia, ela será “menos forte” e, por conseguinte, “sua vitória sobre a *lex posterior* é mais contrastada.”

<sup>199</sup> Virgílio Afonso da Silva (2013, p. 143) afirma a existência de uma terceira categoria de normas, que seriam os postulados normativos. Ele qualifica os postulados normativos como “normas de segundo grau” ou “metanormas”, pois se prestariam a instituir critério de aplicação das normas de primeiro grau, que seriam as regras e os princípios.

apresentadas pelo próprio Kelsen para a Constituição (2009, p. 222; 2013, p. 131), especificamente a que leva em conta o seu sentido lógico-jurídico, ela (a Constituição) seria aquela norma fundamental (não hipotética, por óbvio). Se assim é, não se pode excluí-la dessa fórmula de “solução” de antinomias, já que ela é a norma (norma mesmo, tanto quanto a lei) que representa o fundamento de validade do sistema.

Ainda há de se pontuar outra impropriedade nas formulações de Bobbio, ao qualificar a coerência do ordenamento jurídico-*constitucional*, não como condição de validade, mas como sendo “sempre condição de justiça” (BOBBIO, 2011, p. 114). Mais uma vez essa afirmação ignora o fato de a Constituição integrar esse ordenamento jurídico-*constitucional*. Admitindo-se que efetivamente integra, e sendo ela norma jurídica (não importa se regra ou princípio), a incoerência entre uma lei qualquer (especial, anterior ou posterior, menos superior, pois superior à Constituição, só a “lei divida” (obviamente para quem tem alguma crença) e a Constituição, ter-se-á aí um problema de validade, e não meramente de justiça.

Quem primeiro disse isso foi o próprio Kelsen (2009, p. 222): “Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica (...)” (KELSEN, 2009, p. 222). E vale lembrar que, segundo Kelsen, (2013, p. 130), “Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender”.

E quanto a esse entendimento, Kelsen foi seguido por outros tantos, como se vê no magistério de Dirley da Cunha Júnior (2010-B, 149):

Uma norma jurídica é válida quando se compadece com o sistema normativo. Considerando o escalonamento das normas que compõem o sistema jurídico, com a existência de normas superiores e normas inferiores, é de sustentar-se que a validade de uma norma repousa na validade de outra norma que lhe é superior, e assim sucessivamente, até chegar à Constituição, que é a fonte de validade de toda ordem jurídica.

O próprio Bobbio (2012, p. 48-49), em *outra obra*, adere a esse pensamento de Kelsen, pois define problema de validade das normas da seguinte maneira:

O problema da *validade* é o problema da *existência* da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ele é justa ou não. Enquanto o problema de justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é regra jurídica. (...) Em particular, para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra pertencente a um determinado sistema), é necessário com freqüência realizar três operações: 1) averiguar se a

autoridade de quem ela emanou *tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas*, (...); 2) averiguar se não foi *ab-rogada*, (...); averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas<sup>200</sup> (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras).

Realizando, então, a terceira “operação” proposta por Bobbio, forçoso reconhecer que a incompatibilidade de uma lei infraconstitucional com uma norma constitucional é, sim, problema de validade, e não questão que interessa apenas à esfera da justiça.

Mas o mais grave das formulações em exame é o fato de que elas desprestigiam substancialmente a Constituição, tanto que chegam ao ponto de admitir que o critério da especialidade poderia afastar a aplicação de uma norma constitucional por força de uma lei especial ordinária<sup>201</sup>. Com a licença da expressão, isso é inadmissível em um modelo de Estado Constitucional. Em hipótese alguma, nem “teoricamente” e muito mesmo na “prática”, deve-se admitir comparação de estatura entre norma constitucional e norma ordinária: ou do texto desta se extrai algum sentido compatível com a Constituição, promovendo-se sua interpretação conforme, ou fatalmente (não há “choro nem vela”) será tida por inválida, e nem se cogitará avaliar se justa ou injusta.

Ademais, deve-se sempre ter clara a idéia de que a Constituição, além de fundamento, também se presta a promover a coesão entre as normas que compõem o ordenamento, principalmente em razão de que, não se deve esquecer disso, este consubstancia um ordenamento jurídico-*constitucional*<sup>202</sup>.

<sup>200</sup> A conclusão quanto à impossibilidade de coexistência, em um mesmo ordenamento, de duas normas incompatíveis e válidas, é afirmada por Bobbio no trecho acima transcrito, que consta em sua obra “Teoria da Norma Jurídica (2012, p. 49), mas negada no obra Teoria do ordenamento Jurídico (2011, p. 114), quando ele admite essa possibilidade de existência e validade, remetendo o problema para a esfera da justiça, ou seja, extrapolando o âmbito do ordenamento jurídico: “é evidente que quanto duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências que inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a exigência da justiça ( que corresponde ao valor da igualdade)”

<sup>201</sup> “Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional(...)” (BOBBIO, 2011, p. 110-111).

<sup>202</sup> E que se permita a redundância, que ocorre já que se considera a Constituição também como norma jurídica. Assim, seria desnecessário o reforço do qualificativo justaposto ao ordenamento jurídico (“jurídico-constitucional”), pois o antecedente já compreenderia o conseqüente. No entanto, tendo este aspecto sido ignorado por Bobbio, revela-se mais que necessário se “pecar pelo excesso.” Isso também justifica a ênfase do negro e do negrito.

Bobbio, contudo, parece não conferir essa função à Constituição, pois nenhum de seus critérios de resolução de antinomias a coloca como paradigma valorativo, limitando sua abordagem a um sentido meramente formal<sup>203</sup> de unidade do ordenamento.

De tudo aduzido, deve-se considerar que, constatando-se antinomias (aparentes ou reais) entre as disposições da Lei n.º 9.784/1999, que estabelece *normas gerais para os processos administrativos*, e as que constam no Decreto-lei n.º 9.760/1946, que promove a *regulação específica do processo de demarcação dos terrenos de marinha*, ou mesmo em relação a outros diplomas legais sobre esse mesmo tema, não se deve promover a automática aplicação do critério da especialidade, tal como proposto por Bobbio, e recomendado pelas disposições constantes no *caput* e §§ 1.º e 2.º, do art. 2.º, da Lei n.º 4.657/1942. Antes de tudo, deve-se levar em conta o fato de que a Lei n.º 9.784/1999 foi editada já após a redemocratização do Estado, de modo que milita em seu favor, mais do que em proveito do Decreto-lei n.º 9.760/1946, a presunção de ter sido produzida em conformidade com a nova ordem constitucional.

Por conseguinte, sem descuidar, por óbvio, do necessário exame de validade das disposições constantes na Lei n.º 9.784/1999, ou seja, do seu cotejo com as normas constitucionais, é de se identificar aquilo em que o seu conteúdo representa verdadeira densificação<sup>204</sup> dos preceitos estabelecidos no texto da Constituição. Neste caso, não há espaço para aplicação do tal “critério da especialidade”, pois deve incidir a norma geral que projeta como conteúdo o programa normativo estabelecido na Constituição.

E aqui se enseja rememorar a importância da interpretação para otimização da eficácia das normas constitucionais, de modo que as eventuais antinomias sejam solucionadas pela proposta hermenêutica que mais prestigie a força normativa da Constituição, que deve ser tomada não somente como o fundamento de validade do ordenamento jurídico, mas como o elemento que confere unidade material a todo sistema.

---

<sup>203</sup> E essa abordagem limitada à unidade formal é tipicamente juspositivista, como o próprio Bobbio (1995, p. 199) assinala em outra obra sua: “Há, realmente, modos e modos de se conceber a unidade do direito, e o modo no qual a entende o jusnaturalismo é profundamente daquele no qual a entende o juspositivismo: para o primeiro, se trata de uma *unidade substancial* ou *material*, relativa ao conteúdo das normas; para o segundo, trata-se de uma *unidade formal*, relativa ao *modo* pelo qual as normas são postas.”

<sup>204</sup> Consoante leciona Canotilho (2003, p. 1159), a Constituição seria um sistema aberto de regras e princípios, e essa abertura reclamaria, em alguns casos, a densificação levada a efeito também por obra do legislador ordinário (CANOTILHO, 2003, p. 1222). Isso não que dizer que a Constituição careça de normatividade, ou mesmo que incorra em atecnia. Na verdade, como afirma Hesse (2009-C, p. 90), essa ocorrência se verifica para o fim de viabilizar um debate mais amplo sobre determinadas questões.

## **2.10. Notas conclusivas.**

São esses, por conseguinte, os instrumentos que se apresentam como balizadores da releitura que a pesquisa se propõe fazer.

É chegado o momento, então, de promover a aproximação do instituto dos terrenos de marinha, em especial do seu processo de demarcação, das normas constitucionais, de modo a conformá-los a estas. Compatibilizar, portanto, o interesse legítimo que tem a União, de conhecer os limites do patrimônio que a Constituição lhe outorgou, com o também legítimo direito daqueles que podem ter o seu patrimônio jurídico atingido em decorrência do desenvolvimento, sobretudo se incorreto, da atividade demarcatória.

Mais que imbricar, é necessário promover um sincretismo, uma verdadeira amálgama da disciplina do processo em questão com os preceitos da Constituição de 1988.

O capítulo seguinte será, pois, o “amarelo” que deve resultar da combinação entre “verde” (primeiro capítulo) e o “vermelho” (segundo capítulo).

### 3. A RELEITURA DO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA: SUA FEIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA E REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sobre a relação entre processo e justiça, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 701-702) afirmam:

(...) O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante o processo justo. No Estado Constitucional, só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição. O direito ao processo justo visa a assegurar a obtenção de uma decisão justa. Ele é o meio pelo qual se exerce a pretensão à Justiça (*Justizianspruch*) e a pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*)..

E Alexy segue na mesma linha de pensamento (2012, p. 488): “direitos a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva.”

Entretanto, se Josef K., postumamente, tivesse a oportunidade de ler os excertos acima transcritos, muito provavelmente diria aos respeitáveis autores, depois de sorrir ironicamente: “Seus vagabundos, podem ficar com todos os seus processos!!”<sup>205</sup> Certamente que os autores em referência compreenderiam a animosidade de K., pois, sabedores do drama pelo qual passou, reconheceriam que, para ele, é impossível promover a associação de qualquer sentimento de justiça à realização de um processo.

Josef K. é o protagonista de *O Processo*, escrito por Franz Kafka até 1920, obra que tem como antagonista o próprio Estado, por meio de seus agentes. Nesse livro, em apertadíssima síntese, K. é submetido a um “processo” em que se sucedem inúmeros absurdos. O final da narrativa, contudo, dá conta da execução de K., levada a efeito “por dois carrascos vestidos de sobrecasaca, gordos como tenores, que usam uma faca de açougueiro, numa pedreira situada nos confins da cidade”<sup>206</sup>.

A despeito do nome da obra, bem como das várias referências ao termo “processo”, é forçoso reconhecer que aquilo por que passou K. nem de longe se constituiu verdadeiramente em um processo. Ali não se tinha por definida a acusação, nem mesmo se identificava quem fosse o acusador. Aos autos físicos do tal “processo”, se é que estes existiam, sempre foi

<sup>205</sup> Trata-se de paráfrase a um dos trechos de “O Processo” (KAFKA, 1997, p. 64). Após deixar a sala onde se encontrava diante do juiz de instrução do seu caso, e ao ser advertido pelo aludido magistrado que, ao sair dali estaria renunciando ao inquérito que, de algum modo, represenataria alguma vantagem para ele, Josef K. esbraveja: “Seus vagabundos, podem ficar com todos os seus inquéritos.”

<sup>206</sup> O trecho entre aspas integra o posfácio de uma das versões brasileiras, tendo sido escrito por Modesto Carone, também responsável pela tradução do original em alemão para o português.



negado o acesso por K., a quem, aliás, era também sonegada qualquer informação: “(...) o senhor ficará sabendo de tudo no devido tempo” (KAFKA, 1997, p. 11).

Por conseguinte, com a licença necessária à prática de ato de elevada ousadia, mais apropriado seria que o livro se chamasse “O não-processo”<sup>207</sup>. E não há de se olvidar que “não-processos” como o descrito por Kafka, inclusive tendo o próprio Estado como antagonista, existam no âmbito administrativo, sendo sobretudo em razão da essência herdada a partir de sua trajetória histórica. E a propósito dessa questão, da análise da construção teórica do processo administrativo, resulta inexoravelmente a conclusão de que ele, na sua origem, desenvolvia-se sem qualquer preocupação em efetivamente assegurar a participação dos interessados na construção de uma decisão. Sobre o processo administrativo, o Visconde do Uruguay (1862, p. 173) lecionava:

A instrução graciosa<sup>208</sup>, salvo quando as leis e regulamentos prescrevem alguma forma especial, é puramente discricionária, e não é portanto regida por princípios certos e invariáveis. Existem contudo algumas regras gerais prescritas pela razão, pela equidade, pela prudência e interesse publico(...).

Em outro trecho de sua obra, afirma (1862, p. 175):

O recurso dos atos graciosos porém não é rigorosamente um recurso; é mais propriamente uma simples reclamação, uma simples aplicação do direito geral de petição, e não está sujeito a regras. Tem entre nós o seu fundamento no art. 179 § 3.º da Constituição, que o consagra sem restrição.

E o magistério de Antonio Ribas (1866, p. 137) era no mesmo sentido:

A jurisdição graciosa, porém, é essencialmente discricionária, isto é, não achando-se a administração em frente de direitos dos administrados, quando a exerce, pode obrar como julgar conveniente aos interesses gerais e desprezar os individuais sempre que os considerar antitéticos àqueles (Av. n. 86 de 8 de Abril de 1864).

É bem verdade que as considerações acima foram feitas no século XIX, quando ainda vigia no Brasil o sistema de contencioso administrativo<sup>209</sup>, somente abolido pela

<sup>207</sup> A fórmula utilizada por Kafka para designar sua obra e nela embutir veladamente uma crítica, foi a mesma adotada em “Verdade e método”, de Gadamer, que poderia muito bem se chamar “Verdade sem método”, exatamente por se desenvolver sob a premissa de que “Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método.” (GADAMER, 1997, p. 31). O mesmo pode ser dito também do livro de Lenio Streck “Verdade e Consenso” (“Verdade sem consenso”).

<sup>208</sup> As expressões “instrução graciosa” ou “processo gracioso” deram origem ao que se tem hoje como processo administrativo. A expressão se contrapunha a “contencioso administrativo” ou “processo contencioso”, que designavam as ações em que eram parte o Estado, na época em que ainda não vigora o sistema de jurisdição una.

Constituição de 1891. No entanto, o entendimento de que a atuação no processo administrativo (gracioso) era substancialmente discricionária subsistiu mesmo àquele evento, conforme se conclui da afirmação de Aarão Reis (1923, p. 136), no sentido de que a “jurisdição” (processo) graciosa (administrativo) “é, sempre, discricionária, porque os interesses coletivos devem de preterir, sempre, os individuais, (...)”

O estabelecimento do sistema de jurisdição única, aliado à entronização da discricionariedade como característica da atuação da Administração Pública, fizeram com que o estudo do processo administrativo fosse negligenciado. A dogmática administrativista tradicional elegeu o ato administrativo como figura central de sua atenção, colocando-o como a forma por excelência de atuação da Administração (BAPTISTA, 2003, p. 228-229). É tanto que somente em 1999 a União, que detém a competência constitucional exclusiva para legislar sobre direito processual, editou a Lei n.º 9.784/1999, a qual contém normas gerais sobre o processo administrativo<sup>210</sup>.

A longínqua imersão da Administração na cultura da unilateralidade típica do ato administrativo, da discricionariedade para definir o itinerário até a edição do ato, embora quanto este prestigiasse a forma<sup>211</sup>, produziu, quando não a rejeição, ao menos um estrabismo em relação à atuação processualizada imposta pela Constituição de 1988. Assim, mesmo quando age por meio do processo, a Administração ainda tem os olhos voltados para a disciplina do ato administrativo, em especial os seus “atributos”.

---

<sup>209</sup> O contencioso administrativo foi instituído no Brasil pela Lei n.º 234, de 23 de novembro de 1841, que criou o Conselho de Estado (REIS, 1923, p. 490).

<sup>210</sup> Sobre o âmbito de aplicação da Lei n.º 9.784/1999, a doutrina e jurisprudência divergem. Justen Filho (2013, p. 348) sustenta que as “normas gerais e os princípios fundamentais contemplados na Lei 9.784 são de observância obrigatória para todos os entes federativos. (...)” mas estes, “podem, se o desejarem, produzir a edição de lei local, veiculando normas específicas.” Mas Carvalho Filho (2013, p. 982) diverge: “Note-se, primeiramente, que a lei tem caráter federal, e não nacional, vale dizer, é aplicável apenas na tramitação de expedientes processuais dentro da Administração Pública Federal, inclusive no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário. Em virtude de nosso regime federativo, em que as entidades integrantes são dotadas de autonomia, não podem tais mandamentos se estender a Estado, Distrito Federal e Municípios, já que estes são titulares de competência privativa para estabelecer as próprias regras a respeito de seus processos administrativos.” Com o mesmo entendimento: “O processo administrativo está hoje disciplinado, no âmbito federal, pela lei n.º 9.784, de 29-1-99. Ela estabelece normas básicas sobre processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando à ‘proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração.’ Estados e Municípios que queiram dispor sobre a matéria deverão promulgar suas próprias leis.” (DI PIETRO, 2004, p. 533). Na seara jurisprudencial, aceitando o caráter da Lei n.º 9.784/1999 como norma geral do processo administrativo: AgRg no AREsp 263.635/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013; RMS 24.423/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011; REsp 1148460/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010. Em sentido contrário: AgRg no REsp 1319870/AP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 02/08/2012.

<sup>211</sup> Sobre essa questão a Baptista se refere à tradicional expressão no sentido de que “a atividade administrativa é livre em seu itinerário, mas regada em seu resultado.”

Por isso que em muitos casos, notadamente aquelas atividades que, antes da redemocratização do país em 1988, já possuíam um esboço de processo, a Administração atua em descompasso com a Constituição, resistindo, talvez até inconscientemente (em muitos casos, é fato, a recalcitrância é deliberada), a ajustar sua conduta ao novo modelo estabelecido pelas normas constitucionais em vigor.

Aí, então, é que surge o perigo para os indivíduos: no lugar de um processo, a Administração muitas vezes lhe oferece um “pequeno inquérito sobre o seu caso”, que, em atenção ao “interesse geral”, precisa ser breve “em virtude do esforço envolvido”<sup>212</sup>.

Sobre essa questão, abalizadas são as palavras de Perlingeiro (2014, p. 81):

Com efeito, ainda não está consolidada, no Brasil, a noção de um processo administrativo (não judicial) justo. Na realidade, o que se observa são procedimentos inquisitoriais travestidos de processos, dirigidos por autoridades sem independência, os quais, conseqüentemente, em compensação, desafiam um Judiciário com amplos poderes que, muitas vezes, substitui, apropriadamente (porque necessário), as autoridades.

E arrematando as considerações introdutórias a esse capítulo, é imperioso consignar que esse “processo justo” é bem diferente do não-processo descrito por Kafka. Trata-se, de modo diverso, de um instrumento que viabiliza a convergência dos interesses dos cidadãos e da Administração, e que deve ser conduzido com o escopo maior de realizar os direitos fundamentais dos indivíduos, não se descuidando do valor mais importante consagrado na Constituição, que é a dignidade da pessoa humana.

### **3.1. A trajetória do processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais: da “lei da terra” (*legem terrae*) ao processo justo.**

A compreensão da noção do processo justo como instrumento de realização dos direitos fundamentais materiais e/ou processuais, bem como a identificação de quais sejam os elementos que o integram, enseja a análise da trajetória histórica da qual resultou a sua construção teórica atual.

---

<sup>212</sup> É por demais recomendável e interessante a leitura ao menos do primeiro parágrafo do capítulo segundo de “O Processo”, pois ali se identificam traços bens semelhantes ao discurso, que alguns ainda sustentam, no sentido de que a necessidade celeridade e o “interesse geral” podem justificar o atropelo de certas “formalidades” consideradas por alguns dispensáveis.

### 3.1.1. O princípio do devido processo legal em sua dupla acepção

A despeito de haver registro na doutrina, no sentido de que alguns elementos característicos do devido processo legal já pudessem ser identificados em épocas mais remotas da civilização, convém promover a limitação da justificação histórica do aludido princípio à experiência da Inglaterra no limiar do segundo milênio, uma vez que foi a partir de então que o devido processo legal, ainda com outra denominação (como se registrará a seguir) assumiu ao longo dos anos a feição com que se apresenta hoje em dia. É, portanto, essa a proposta do recorte temporal que irá orientar esta parte da pesquisa.

#### a) Na Inglaterra.

Quando se disserta acerca da origem histórica do princípio do devido processo legal, bastante comum a referência imediata ao episódio verificado em 1215, por meio do qual os barões da Inglaterra exigiram a submissão do soberano a um documento denominado “*Articles of the Barons*”, que daria posteriormente ensejo a elaboração da *Magna Charta* (LIMA, 1999, p. 26), a qual contribuiu significativamente, como já referenciado neste trabalho, para a construção do fenômeno Constitucionalista Moderno.

Afora isso, a *Magna Charta* mostrou-se relevante também para a afirmação dos fundamentos do princípio do devido processo legal. Em sua Cláusula 39, a referida Carta veiculava a seguinte prescrição:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei da terra.

Nada obstante ser correto fazer referência a essa disposição como a origem do princípio do devido processo legal, necessário conhecer os fatos que antecederam esse evento e que têm significativa relevância para a compressão da dimensão da garantia conquistada expressa e formalmente pelos barões ingleses com as disposições da *Magna Charta*, em especial daquelas constantes em sua Cláusula 39.

Segundo Ramos (2007, p. 103), em 1066, Guilherme, após derrotar o rei Haroldo II na batalha de Hastings, assumiu o trono da Inglaterra. O referido conquistador, na solenidade de sua coroação, confirmou as leis do rei Eduardo, antigo soberano Inglês, também conhecido como o “Confessor”, que era muito amado pelo povo daquele país. O gesto do agora rei

Guilherme I, que negou validade às leis do soberano naquele momento derrotado (Haroldo II), mas reconheceu e confirmou as leis já existentes nos domínios por ele conquistados (aquelas editadas pelo rei Eduardo), além do efeito prático de atrair a simpatia do povo, terminou por determinar a consagração de um conceito de grande importância para o Direito, que é o da continuidade da ordem jurídica. Assim, em vez de simplesmente governar pelas suas próprias leis, passou o então soberano a governar de acordo com as leis já vigentes, ocorrência que deu origem ao que se convencionou chamar de “lei da terra” (*legem terrae*).

A ideia, portanto, de que o soberano deve respeito à “lei da terra” remonta há quase 150 (cento e cinquenta) anos da data de edição da *Magna Charta*. Entretanto, é somente com esta Carta que se introduz a idéia de que ordenamento jurídico vincula o soberano não por um ato de liberalidade deste, mas de imposição de outros, ou seja, da coletividade.

Destarte, embora ainda não com a denominação de devido processo legal, é na consagração da vinculação do soberano às “leis da terra”, sobretudo a partir das disposições constantes na Cláusula 39 da *Magna Charta*, que o referido princípio encontra sua origem histórica como instrumento de garantia de direitos individuais em face de atos do Estado (ente que, na época, era personificado na figura do soberano), introduzindo-se formalmente um mecanismo de limitação do poder do rei.

#### **b) Nos Estados Unidos.**

A história constitucional americana tem dois traços que a distinguem significativamente da experiência inglesa: a rejeição à idéia de supremacia do parlamento e a preferência pela adoção de uma Constituição escrita e consolidada em um único documento (LIMA, 1999, p. 40-41). Apesar dessas distinções, seria inevitável que vários institutos fossem transpostos da Inglaterra para suas colônias americanas, em especial pelo fato de que em ambos os casos o sistema judicial era (e ainda é) o *common law*. Foi isso, destarte, que se verificou com o devido processo legal, princípio que ingressou nas então colônias americanas sob a denominação de “*by the law of the land*”.

A designação que se empresta atualmente ao princípio somente foi consagrada no continente americano após o tratamento dispensado por Sir *Edward Coke* (1552-1634), que adotou como sinônimas as expressões “*by the law of the land*” e “*due process of law*” (LIMA, 1999, p. 41).

A experiência americana também apresentou grande relevância em razão de ter incorporado o devido processo legal como garantia constitucional expressa. E quanto a essa

questão, embora se deva admitir que a Cláusula 39 da *Magna Charta* inglesa já ostentasse a condição de norma constitucional, a inclusão formal na Constituição dos Estados Unidos teve o condão de apontar o prestígio que foi outorgado à referida garantia, já consagrada como importante instrumento de limitação do poder do Estado.

É de se registrar, todavia, que a garantia do devido processo legal não constava originalmente no texto da Constituição Americana, que, aliás, como já mencionado anteriormente, não continha em seu corpo qualquer declaração de direitos. Declaração da espécie somente foi incorporada ao texto constitucional em 1791, quando promulgadas dez emendas àquela Carta. Com o advento da Quinta Emenda, ao afirmar que "ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal", inseriu-se no corpo da Constituição Americana o princípio do devido processo legal, agora já denominado de *due process of the law*.

Essa garantia constitucional, a despeito de haver quem a considerasse a “mais importante cláusula do ordenamento constitucional dos Estados Unidos” (LIMA, 1999, p. 69), tinha contornos bem mais limitados que no presente. Cingia-se inicialmente a questões de caráter processual, sem se cogitar, ainda, de qualquer garantia quanto ao aspecto material. Tal limitação subsistiu mesmo com o advento da Décima Quarta Emenda, em que, conforme lição de Adhemar Ferreira Maciel (1998, p. 4), constitucionalizou-se a cláusula da “igual proteção das leis” (*equal protection of the laws*), que outorgava ao *due process* uma proteção mais abrangente que a da configuração contida na Quinta Emenda. A partir desse incremento, passa o devido processo legal, ao menos do ponto de vista normativo, a se constituir garantia não apenas em face da aplicação irregular da lei, mas a proteger os indivíduos de eventuais iniquidades da própria lei.

No entanto, apesar desse novo panorama constitucional, a efetiva construção do aspecto material ou substantivo do *due process* se deveu sobretudo à atuação da Suprema Corte Americana, que em diversos julgados reconheceu que a cláusula do devido processo legal como instrumento de garantia em face de eventuais abusos do Estado, também deveria consubstanciar salvaguarda contra investidas perpetradas por meio de legislações arbitrárias. Pontuais desmandos estatais poderiam se revestir de uma aparente legitimidade, caso veiculados por meio de leis formalmente válidas, mas que não se conformassem aos valores consagrados na Constituição. E acerca dessa questão, merece registro o que foi afirmado pelo *Justice* John Harlan, no caso *Poe v. Ullman* (1961), conforme registro feito também pelo ex-Ministro do STJ Adhemar Ferreira Maciel (1998, p. 9):

Assim, as garantias do devido processo, embora tendo suas raízes no *per legem terrae* da Magna Carta e considerada como salvaguardas processuais contra a usurpação e tirania do executivo, também se transformaram neste país numa (verdadeira) barreira contra a legislação arbitrária.

Destarte, em apertada síntese, podem ser apontadas como as três maiores contribuições da experiência americana para o aperfeiçoamento do princípio do devido processo legal: a) a denominação consagrada até os dias atuais (*due process of the law*); b) a confirmação como indispensável cláusula de garantia dos direitos fundamentais, tanto que fora incorporada formalmente ao texto da Constituição; c) a construção, de origem pretoriana, do aspecto substantivo do devido processo legal, ampliando o alcance protetivo da referida cláusula, antes circunscrita a questões procedimentais.

### **c) No Brasil.**

A doutrina converge no sentido de afirmar que, antes de promulgada a CB/1988, o princípio de devido processo legal já se encontrava inserido no ordenamento constitucional como cláusula implícita (LIMA, 1999, 165; CASTRO, 2010, p. 277). Essa conclusão decorre da constatação de que, a despeito de não haver expressa referência a esse princípio, os textos constitucionais, desde a Constituição Republicana de 1891, já veiculavam garantias processuais que consubstanciavam o que a doutrina convencionou designar de subprincípios destinados a concretizar o devido processo legal (LIMA, 1999, p. 181). Referencie-se, a propósito, a garantia do contraditório e da ampla defesa, as quais já se encontravam inseridas no corpo da Constituição de 1967.

Todavia, aqui também não se cogitava a referência a qualquer manifestação material dessa garantia, que se limitava de igual modo a aspectos processuais. Não tinha, pois, o condão de outorgar proteção aos indivíduos contra investidas de leis iníquas, tanto que por meio de Ato Institucional se estabeleceu um regime de exceção, somente superado completamente com a redemocratização do país em 1988.

Foi a Constituição de 1988 que, como ato de providência em razão dos fatos negativos verificados em um passado tão recente, tratou de incluir expressamente em seu corpo a cláusula de proteção do devido processo legal, anunciando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>213</sup>. E mais que positivá-la, a

<sup>213</sup> Art. 5.º, inciso LIV da Constituição de 1988.

Constituição também lhe deferiu a estatura de direito fundamental processual, posicionando-a no art. 5.º de seu corpo.

No que se refere ao aspecto substantivo do devido processo legal, também aqui no Brasil a definição de seus contornos se deveu a uma construção pretoriana desenvolvida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em especial nas decisões relativas ao controle de constitucionalidade. Passou o Pretório Excelso, destarte, a reconhecer a utilidade do aspecto substantivo dessa cláusula protetiva dos direitos fundamentais, notadamente para o exame de razoabilidade de atos normativos editados pelo Estado.

Acerca do tema, oportuno registrar parte do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADIn n. 1.148-8-AM, em que se questionava a constitucionalidade do § 2.º do art. 9.º, da Lei amazonense n.º 1.897/1989:

A essência do substantive *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

No contexto atual, há aceitação doutrinária e jurisprudencial quanto ao fato de o ordenamento constitucional ter consagrado a cláusula do devido processo legal em sua acepção ampla, ou seja, para o fim de assegurar a garantia processual e, também, substantiva contra atos estatais iníquos.

Sobre o conteúdo do que pode ser compreendido como devido processo legal em sua acepção substantiva, bem como da sua forma de aplicação, preciosas são as lições de Maria Rosynete de Oliveira Lima (1999, p. 290):

Quanto ao aspecto substantivo o devido processo legal, o o estudo demonstra a sua lenta, mas progressiva, aceitação no meio jurídico nacional. A aplicação permite o questionamento substancial o ato estatal, notadamente o produto legislativo, constituindo-se em medida de aferição da legitimidade do ato restritivo de direitos fundamentais. Ele se faz atuar por meio de subprincípios concretizadores: a razoabilidade e a proporcionalidade, os quais têm sido utilizados pela doutrina a jurisprudência brasileiras como expressões sinônimas.<sup>214</sup>

<sup>214</sup> Sobre a cogitada identidade conceitual entre proporcionalidade e razoabilidade, este tema já foi objeto de análise neste trabalho.



Ricardo Maurício Freire também aponta devido processo legal substantivo como instrumento de controle da legitimidade e do modo de interpretação e aplicação dos atos estatais:

Conforme já referido, o devido processo legal em sua acepção substantiva refere-se ao modo pelo qual a lei, o regulamento, o ato administrativo e a decisão judicial são interpretados e aplicados, de molde a otimizar a busca de uma opção hermenêutica legítima e efetiva, com base nos resultados obtidos pela ponderação principiológica e pelo uso do postulado da razoabilidade/proporcionalidade.

Mas como bem advertem Marinoni e Mitidiero (2013, p. 700), a aceitação da acepção substantiva do princípio do devido processo legal, assim como a utilização dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, remetem à limitada noção de que se trata de um instrumento que se presta a servir como “anteparo ao arbítrio estatal”. Isso ainda é pouco, ou ao menos é insuficiente para viabilizar o cumprimento da missão de “colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos fundamentais.” E essa percepção deu ensejo à evolução para o ideal de processo justo.

### **3.1.2. Os direitos fundamentais e o (direito fundamental ao) processo justo.**

A ligação entre os direitos fundamentais e o processo é bastante íntima, circunstância que conduziu Alexy (2012, p. 488) a colocá-los em uma relação de essencialidade, ao afirmar que “direitos a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma ‘proteção jurídica efetiva’”.

Esse entendimento é também compartilhado por Konrad Hesse (2009-B, p. 53), que pontua a relação de realização entre os direitos fundamentais e o processo nos seguintes termos:

Na medida em que os direitos fundamentais precisam consideravelmente de organização e procedimento, atuam, ao mesmo tempo, sobre o Direito Administrativo e o Direito Processual, os quais contribuem desta forma para realizá-los e assegurá-los.

Todavia, o processo ao qual se referem Alexy e Hesse não é qualquer processo, mas aquele que seja suficiente para assegurar que os direitos fundamentais dos indivíduos sejam efetivamente exercidos, ou ao menos colocados à disposição destes.

Marinoni e Mitidiero chegam a qualificar esse modelo de processo como necessário e indispensável para que o Estado possa ofertar aos indivíduos decisões justas, apontando-o como “princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional”. E não se pode dizer que seja uma conclusão exagerada. A propósito da questão, é preciso atentar para o fato de que a Constituição, desde o seu preâmbulo, promove a associação entre o processo e os direitos fundamentais, bem como entre estes e o valor justiça.

Convém aqui transcrever o que disseram os constituintes do Estado brasileiro:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Esse compromisso de assegurar a justiça e de realizar efetivamente os direitos fundamentais extrapola, em muito, a simples noção de itinerário correto à qual a idéia de devido processo legal remete, ainda que este seja tomado em sua dupla acepção. É bem mais que isso. Relaciona-se às questões estruturais do Estado, aí se compreendendo sua organização em termos de aparelhamento, sua processualização mediante o estabelecimento de instrumentos dos quais os indivíduos possam se valer para realizar seus direitos fundamentais, e, por que não, a incorporação plena do sentimento vontade de Constituição<sup>215</sup> à praxis governamental.

A menção à expressão “governamental” aqui foi proposital, devendo-se atentar para o fato de que ela foi tomada no sentido do conjunto de estruturas que conduzem politicamente o exercício do poder estatal, ou seja, uma conotação ampla que alcança todos os poderes constituídos, embora se ressalte esteja mais relacionada aos Poderes Executivo e Legislativo. Isso porque a todos os poderes importa compreender que o Estado não é “governo”, muito

---

<sup>215</sup> Sobre o que seria vontade de Constituição, questão já esclarecida nesta pesquisa, Hesse (2009-E, p. 133) leciona: “Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se, também, na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. (...) A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem a Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa”.

menos “um governo”, pior ainda “um governante”. O Estado precede, é superior e condiciona a atuação do governo. Os compromissos estatais estão fincados na Constituição, e não em um programa de(um) governo(ante), de modo que não podem se vincular aos interesses deste.

É certo, contudo, que a coincidência entre os interesses do Estado e do governo é sempre almejada, embora por vezes, infelizmente, não se verifique. Contudo, deve-se ter em mente que ela se desenvolve em conformidade com a lógica constitucional, ou seja, “de cima para baixo”, do Estado para o governo, e não no sentido oposto.

Por conseguinte, é da Constituição que devem ser extraídos os elementos que integram esse ideal de processo justo. É dela que se projetam, de forma expressa ou implícita, diversos direitos fundamentais processuais, os quais são dotados de plena eficácia e, por conseguinte, ensejam reconhecimento e aplicação, ainda que inexistam um direito material para ser tutelado. Daí se preferir utilizar o vocábulo “direitos” em lugar de “garantias”, já que existem abstratamente<sup>216</sup>, independentemente de que a pretensão deduzida seja rejeitada quando da decisão de mérito proferida pelo órgão estatal julgador (jurisdicional ou administrativo).

Recorrendo-se mais uma vez ao magistério de Marinoni e Mitidiero, é necessário aqui apresentar, sucintamente, quais sejam esses elementos do processo justo, o seu “perfil mínimo”, sendo conveniente advertir que esta pesquisa não contempla ou enseja o desenvolvimento do tema. Aqui, portanto, serão eles apresentados em conformidade com o entendimento dos aludidos doutrinadores, ao qual se manifesta concordância e adesão.

E nesse sentido, lecionam (MARINONI e MITIDIERO, 2013, p. 700-701):

O direito ao processo justo conta, pois, com um perfil mínimo. Em primeiro lugar, do ponto de vista da “divisão do trabalho” processual, o processo justo é pautado pela colaboração do juiz para com as partes. O juiz é paritário no diálogo e

---

<sup>216</sup> Por óbvio que não se está aqui a sustentar que qualquer pretensão possa ser deduzida processualmente e justificar a instauração de uma relação processual. Longe disso. É de se reconhecer, sempre, que o processo de apresenta como instrumento de realização de uma pretensão admitida material e legalmente. Não atendido esse pressuposto, não há de se reconhecer o direito a uma decisão de mérito em um processo.

Importante esclarecer, ademais, que garantias fundamentais processuais não se encerram com a eventual decisão que reconheça a inexistência do direito material, sendo que muitas delas se conservam ou, até mesmo, tem lugar quando expedido provimento com conteúdo desfavorável ao interessado. É o caso, por exemplo, do direito à comunicação dos atos processuais e, ainda, do direito ao duplo grau de jurisdição (ou à pluralidade de instâncias, nos caso dos processos administrativos).

É bem verdade que alguns direitos processuais podem ser limitados após a decisão de primeiro grau (de jurisdição ou de decisão administrativa), como, por exemplo, o direito à (re)produção de provas. Essa circunstância, no entanto, não representará ofensa às normas constitucionais, uma vez que o direito a receber do Estado uma decisão não alberga a pretensão de ser esta decisão necessariamente favorável. Assim, sendo contrária, e mesmo diante do reconhecimento, constitucional e legal, de que a insatisfação é característica natural do ser humano, há de se por limites ao direito de não se conformar, prestigiando, assim, outros valores também reconhecimento constitucional e legalmente, como a segurança jurídica e a razoável duração do processo.

assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui o processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante o juiz natural, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada.

O processo justo se presta, assim, a conformar o estado de coisas, a realizar no âmbito social aquilo que se encontra previsto e almejado no plano hipotético-normativo, mas que por alguma razão não se concretizou sem a intervenção do Estado-Juiz. É o processo que nessa acepção justa funciona como instrumento apto a forçar uma coincidência entre a “Constituição Jurídica” e a “Constituição Real,” reafirmando a normatividade dos preceitos constitucionais em face de quem (ou do que, quiçá do próprio Estado-Administração) ignorou este atributo.

E tomando por empréstimo os argumentos de Marinoni e Mitidiero (2013, p. 702), é preciso consignar que a justiça processual refere-se ao gênero “processo”, de maneira que também os processos administrativos estão submetidos a essa cláusula de proteção estabelecida na Constituição.

### **3.2. Processo administrativo: terminologia, funções e conceito.**

A primeira questão a ser analisada se refere à própria terminologia a ser empregada, se “processo” ou “procedimento”, pois sobre ela a doutrina ainda debate sem consenso<sup>217</sup>.

E cabe de início registrar que essa distinção não se trata de mera opção semântica<sup>218</sup>, pois há consequências relevantes que decorrem da aceitação de uma dessas posições, a exemplo das regras de competência para legislar sobre processo e procedimento em matéria processual<sup>219</sup>.

A propósito do tema, registre-se aqui adesão à tese que sustenta ser devida a esse instrumento a qualificação de processo, ou seja, um processo administrativo como espécie do gênero “processo”, este entendido como forma geral de atuação do Estado.

<sup>217</sup> Mello (2013, p. 496), mesmo após assinalar que a designação “processo” seria mais adequada, prefere o vocábulo “procedimento” por apego à tradição que consagrou esse termo. Di Pietro (2004, p. 529) adota a expressão “processo”, tal como Ferraz e Dalarri (2012, p. 50) e Baptista (2003, p. 227). Justen Filho (2013, p. 339) adota a terminologia “procedimento”, embora faça menção ao termo “processo” quando associado ao aspecto litigioso (2013, p. 364).

<sup>218</sup> Assim a considera Justen Filho (2013, p. 344).

<sup>219</sup> Conforme dispõe o art. 22, I da Constituição de 1988, compete privativamente à União legislar sobre direito processual. Quanto aos procedimentos em matéria processual, em conformidade com o disposto desta feita no art. 24, XI, a competência seria concorrente entre a União, os estados e o Distrito Federal.

A primeira razão que justifica esse entendimento é compreensão de que a Constituição fez primeiramente essa escolha, tanto que em diversos dispositivos trata o instrumento de atuação da Administração como processo<sup>220</sup>. Extrai-se disso que o propósito de Poder Constituinte foi afirmar essa natureza, para o fim de conferir caráter nacional à disciplina processo administrativo (JUSTEN FILHO, 2013, p. 347), realizando o valor segurança jurídica também consagrado na Constituição (FERRAZ, DALLARI, 2012, p. 37).

Quanto ao conceito de processo administrativo, a doutrina também não é uniforme, notadamente no que se refere aos elementos que o caracterizam e que, por conseguinte, devam integrar sua definição.

A principal divergência se refere à existência de controvérsia, ou lide em sentido amplo, para se admitir a qualificação de um “procedimento” como processo administrativo.

Acerca dessa questão, é imperioso não orientar a reflexão apenas pela exegese isolada do disposto no art. 5.º, LV, da Constituição de 1988, que contém a seguinte prescrição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A partir de uma análise que ignore a sistematicidade e a unidade da Constituição, corre-se o risco de compreender, equivocadamente, que somente se verificará um verdadeiro processo administrativo quando houver litígio ou acusação, o que não é um argumento procedente. Logo mais adiante, no inciso LXXII, alínea “b”, também do art. 5.º, a Constituição qualifica como processo administrativo aquele destinado à retificação de dados, no qual não há controvérsia ou litígio, muito menos acusação.

Mas certamente foi o acréscimo do inciso LXXVIII ao mesmo art. 5.º da Constituição, que corroborou a tese de que existe processo administrativo ainda que não se tenha controvérsia ou acusação. Diz este dispositivo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ao fazer essa afirmação sem qualquer ressalva, a Constituição confirmou o entendimento de que existe processo administrativo, mesmo que não haja lide em sentido amplo.

Mais um outro efeito pode ser identificado como decorrente dessa alteração ao texto da Constituição. Se antes dela diversas disposições constitucionais já autorizaram a conclusão de que a Lei Maior elegeu o processo como instrumento primordial de atuação da Administração, subtraindo a posição de primazia que antes era conferida ao ato

---

<sup>220</sup> A propósito, Constituição de 1988: art. 5.º, LV; art. 5.º, LXXII, alínea “b”; art. 5.º, LXXVIII; art. 41, II; art. 247, parágrafo único.

administrativo, agora não restam dúvidas acerca disso. A todos, no âmbito administrativo, o texto constitucional atribuiu um direito fundamental de natureza processual, o que deve ser interpretado como um reforço ao comando para que o Estado-Administração se estruture adequadamente com o escopo de dar cumprimento a essa nova diretriz de atuação.

Foi o processo administrativo, e não outro instrumento, que a Constituição colocou como essencial para realizar os direitos fundamentais daqueles que se relacionem com a Administração. Essa escolha decorreu sobretudo da percepção de que é o processo o instrumento apto a conferir legitimidade à atuação da Administração, na medida em que viabiliza que os interessados possam efetivamente participar da construção da decisão a ser nele proferida. Sobre esse aspecto, afirma Baptista:

O processo administrativo, em primeiro lugar, qualifica-se como um meio apto a legitimar a atuação da Administração Pública. Como destaca Niklas Luhmann, na medida em que a complexidade da vida em sociedade aumenta, as formas mais antigas de consenso e de confirmação popular das decisões precisam ser ultrapassadas. Desse modo, a legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou métodos variáveis de estabelecimento de consenso.

A participação dos interessados no processo administrativo, além de outorgar legitimidade à atuação da Administração, também termina por se constituir em medida de eficiência e economia. Isso pelo fato de que a decisão elaborada consensualmente, ou ao menos de forma cooperativa, produzirá um efeito conformador mais substancial do que aquela decorrente de um processo em que impere a litigiosidade, ficando, por esse motivo, menos suscetível à impugnação por recurso na esfera administrativa, ou mesmo à questionamento na via judicial.

A introdução (ou incremento) do ideal de cooperação no processo também tem o condão de aperfeiçoar a atuação da Administração. Essa afirmação se baseia na constatação de que, ao se promover a ampliação do rol daqueles que auxiliam a Administração ofertando elementos para a construção da decisão, a autoridade responsável por proferi-la disporá de maiores subsídios para o exercício de sua função, o que elevará a probabilidade de acerto no julgamento.

Feitas essas considerações, impõe-se agora promover a construção de um conceito de processo administrativo. Para tanto, oportuno se recorrer inicialmente às considerações doutrinárias sobre o tema. A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 495) formula a seguinte definição: “Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma

sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo.”

O aludido conceito apresenta como elemento essencial a correlação entre cada ato que integra o processo, bem como uma relação de funcionalidade deles para a produção de um resultado. Todavia, nele não se enfrenta a questão relativa à natureza desse resultado, de modo que se poderia cogitar, hipoteticamente ao menos, que a amplitude da expressão “resultado” não excluiria, *prima facie*, que ela contemple inclusive meros atos materiais<sup>221</sup>. Também não considera qualquer relação do processo com as funções a que ele se destina, como a legitimação da conduta da administração ou a garantia de direitos fundamentais dos indivíduos.

Para Justen Filho (2013, p. 339),

O procedimento consiste numa seqüência predeterminada de atos, cada qual com a finalidade específica, mas todos dotados de uma finalidade última comum, em que o exaurimento de cada etapa é pressuposto de validade da instauração da etapa posterior e cujo resultado final deve guardar compatibilidade lógica com o conjunto de atos praticados.

As considerações feitas em face do conceito apresentado por Mello têm integral aplicação em relação ao formulado por Justen Filho, de modo que é desnecessário aqui redizê-las.

Di Pietro (2004, p. 533) parte da idéia de que o processo administrativo é um “instrumento indispensável para exercício da função administrativa”, densificando essa ideia em quatro diferentes sentidos da expressão “processo administrativo”, os quais serão transcritos a seguir:

1. num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração;
2. é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; neste sentido é empregado no art. 41, §1.º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;
3. em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo no âmbito administrativo;

<sup>221</sup> Segundo Di Pietro (2004, p. 184), atos materiais da administração são aquele “que não contem manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço.”

4. como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode ainda falar em sentido mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.

Com relação ao primeiro sentido referenciado por Di Pietro, forçoso concluir que ali se trata de designação que corresponde à materialização de *um* processo, ou seja, aos seus autos, e não à idéia técnica de instrumento de atuação. Representa, na verdade, a redução do conceito àquela primeira ideia que o senso comum remete quando se menciona a expressão “processo”, ou seja, aquilo que vem logo à mente ou que se pode ver e tocar.

O segundo sentido associa o gênero “processo administrativo” a uma de suas espécies, o “processo administrativo *disciplinar*”, o que também importa redução da análise da questão conceitual.

No que concerne à terceira acepção, esta coloca como elemento essencial do processo a existência de controvérsia. No entanto, conforme já fundamentado anteriormente, a presença da lide em sentido amplo não se constitui pressuposto de existência para o processo administrativo.

A quarta definição de processo apresentada por Di Pietro, com o objetivo de afastar a impropriedade conceitual da anterior, exclui desse conceito a elementar “controvérsia”. Em seguida, aderindo parcialmente às idéias dos autores anteriores, aponta como figuras centrais o encadeamento de atos e a destinação destes para uma “decisão final”.

E aqui cabe a mesma referência feita aos conceitos de Justen Filho e Mello, com o acréscimo de mais uma ressalva. A propósito, Di Pietro coloca como destino final do processo uma “decisão final”. Contudo, a qualificação do resultado do processo como “decisão final” não parece ser adequada, pois ignora o fato de que esse resultado poderá não ser uma “decisão”, mas uma manifestação de vontade de outra natureza, como, por exemplo, a celebração de um contrato.

Para deixar clara a distinção antes apontada, imagine-se um processo que se desenvolve para aquisição direta de determinado bem, nas hipóteses em que a lei dispensa licitação. Neste caso, ao termo do processo se terá a formalização de um contrato, sendo este o seu “resultado”. Depois dele poderão se seguir outros processos, como a liquidação de despesas, prestação de contas, etc, mas aqui não convém tratar deles. O processo de compra direta se concluirá sem uma “decisão final”, mas com um ato de vontade da administração de outra natureza: um contrato.

Neste processo até foram proferidas decisões, como a inicial, que “decidiu” pela necessidade da aquisição, bem como aquela que “decidiu” pela presença de hipótese de



dispensa da licitação. Ocorre que tais decisões não foram “finais”, mas integrantes do itinerário destinado à manifestação final de vontade, que na hipótese foi um contrato.

Diante do que foi aduzido, não é possível se reconhecer a existência de uma “decisão final” como elemento essencial do processo administrativo.

Patrícia Baptista (2004, p. 227) conceitua o processo administrativo da seguinte forma:

É portanto, neste sentido amplo, para qualificar todo o conjunto de atos sistematizados da Administração Pública na direção uma decisão final, constituindo-se em um instrumento para o desenvolvimento e concretização da atividade administrativa, que o termo processo administrativo será empregado neste trabalho.

Quanto a este conceito, reiteram-se aqui as ressalvas feitas à quarta acepção de processo administrativo formulada por Di Pietro, no que se refere ao elemento “decisão final”.

Por fim, cabe aqui referenciar os conceitos de Carvalho Filho e o que consta na obra conjunta de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari. Pela afinidade entre eles, serão transcritos em sequência e analisados conjuntamente.

Diante do que expusemos até agora, parece-nos possível conceituar processo administrativo como o instrumento que formaliza a seqüência de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 973)

Em acabamento, pode-se, enfim, conceituar: a fórmula processo administrativo traduz uma séria de atos, lógica e juridicamente concatenados, dispostos com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração. (FERRAZ, DALLARI, 2012, p. 27-28)

Tais conceitos colocam como elemento essencial o encadeamento dos atos, bem como a já mencionada relação de funcionalidade em direção ao resultado final do processo. Além disso, cuidam de apontar adequadamente qual deva ser esse resultado: uma manifestação de vontade da Administração. Não incorrem, pois, na impropriedade de tangenciar o problema da natureza desse resultado, bem como apresentam solução adequada para questão, sem limitá-lo impropriamente a um ato de caráter decisório, que seria apenas uma das espécies possíveis a resultar de um processo administrativo.

Nada obstante, é importante reconhecer a necessidade de agregação de outros elementos ao conceito de processo administrativo, os quais, na verdade, correspondem a duas de suas funções, por certo as mais importantes delas: conferir legitimidade à atuação da Administração e garantir os direitos fundamentais de todos os envolvidos no processo.

Dessa forma, pode-se dizer que *processo administrativo se constitui no instrumento que, desenvolvendo-se por meio de atos dispostos em uma sequência lógica e conformada ao ordenamento jurídico-constitucional, destina-se a viabilizar a manifestação de vontade pela Administração, conferindo legitimidade à sua atuação e assegurando os direitos fundamentais de todos os envolvidos.*

A justificativa para tal incorporação é exatamente a necessidade de realçar as principais finalidades que a Constituição de 1988 outorgou ao processo administrativo, ao estabelecer um modelo de atuação da Administração que prestigia a cooperação e o controle como mecanismos de realização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

É bem verdade que poderiam ser agregados outros elementos ao conceito de processo administrativo, tais como a necessidade de incrementar a eficiência e a economia da atuação administrativa. No entanto, além de impraticabilidade de desenvolver um conceito demasiadamente analítico, tal proceder terminaria por ofuscar a importância daquelas que foram eleitas constitucionalmente como principais finalidades do processo administrativo.

E ultimando esta sessão, impõe-se reconhecer que o legislador infraconstitucional densificou essa nova feição do processo administrativo em várias disposições da Lei n.º 9.784/1999, tanto que o seu artigo inaugural já anuncia que a “proteção dos direitos dos administrados” é a finalidade primeira de atuação estatal.

### **3.3. O processo de demarcação dos terrenos de marinha como instrumento indisponível de garantia dos indivíduos.**

Conforme já mencionado, o fundamento de propriedade dos bens da União é a própria Constituição<sup>222</sup>. Melhor título certamente não há, pois a ele nenhum outro pode se opor<sup>223</sup>. No entanto, se por um lado consagrar no texto constitucional o rol de bens da União aproveita a esse ente federativo, pois de forma prudente resguarda seu patrimônio de eventual aviltamento por obra do legislador ordinário, por outro também representa importante garantia para os indivíduos (particulares, cidadãos, “administrados”, etc), na medida em que estabelece uma limitação do que possa ser considerado como de propriedade da União. Isso significa, em outros termos, que não se enquadrando em quaisquer das categorias constantes no art. 20 da

<sup>222</sup> Afirmação aqui se refere ao fundamento formal. Sobre o modo de aquisição originária dos terrenos de marinha, a questão já foi exaustivamente tratada nas seções precedentes.

<sup>223</sup> Sobre essa questão: Súmula 496 do Superior Tribunal de Justiça; REsp 798.165/ES, Rel. Ministro Luiz Fux

CB/1988, não se pode afirmar, *prima facie*, que determinado bem seja de propriedade da União.

É certo que não se exclui a possibilidade de que a União possa vir a ter bens de outra espécie, sendo que o próprio inciso I daquele artigo da Constituição prevê essa hipótese. Todavia, se tal intento for consumado, obviamente que a aquisição desses novos bens deverá ser feita sem o sacrifício do patrimônio dos particulares (e dos demais entes públicos também), pois não se tratará de aquisição originária, como se sucedeu em relação aos terrenos de marinha<sup>224</sup>, mas derivada (a não ser que se tratar de “terra de ninguém”, passível de aquisição mediante usucapião). Por conseguinte, se eventualmente “criada” por lei infraconstitucional uma outra categoria de bens da União que não esteja compreendida no rol consignado na Constituição, ou mesmo se pelo Poder Reformador for acrescida essa nova categoria ao rol já constante no artigo 20 da Constituição, certamente a União terá que pagar por eles, se antes da lei (ou da emenda à Constituição) estes correspondiam a bens de particulares.

Isso se dá em razão de que, como já tratado o tema na seção 2.8.1 deste trabalho, a restrição aos direitos fundamentais exige autorização, expressa ou implícita, da própria Constituição, devendo observar também uma série de requisitos<sup>225</sup> para ser válida. Faltando um deles, a restrição será inválida, ficando eivada de inconstitucionalidade a lei ou emenda constitucional que a veiculou.

E em se tratando de direito de propriedade, também conforme já tratado neste trabalho<sup>226</sup>, o texto constitucional fixou estrito elenco de hipóteses em que se permite a supressão, de modo que não se cogita que a União possa, sem promover em contrapartida o necessário pagamento, adquirir licitamente bens imóveis diversos daqueles catalogados no art. 20 da Constituição.

É essa, pois, a questão que coloca o processo de demarcação como imprescindível para identificação dos terrenos de marinha e seus acrescidos.

Como é sabido, alguns bens que integram o acervo patrimonial da União podem ser identificados sem a necessidade de um processo<sup>227</sup> com tantas providências técnicas como as

---

<sup>224</sup> Essa questão já foi trabalhada em seção anterior.

<sup>225</sup> Segundo entendimento da doutrina, os requisitos seriam: a) reserva de lei restritiva; b) generalidade e abstração de lei restritiva; c) clareza da lei restritiva; d) vedação da retroatividade da lei restritiva; e) proibição de excesso da lei restritiva; e, por fim, f) intangibilidade do conteúdo essencial em face da lei restritiva. Neste sentido: Sampaio (2013, p. 701)

<sup>226</sup> A propósito, ver seção 2.8.1.

<sup>227</sup> Saliente-se, contudo, que não se deve ignorar o fato de que, havendo interesse de qualquer particular na questão, mesmo nestes processos se deverá assegurar o exercício de todos os direitos fundamentais dos envolvidos, notadamente os de caráter processual.

exigidas para os terrenos de marinha. Tome-se, como exemplo, o caso das praias marítimas. Os bens dessa categoria são identificados a partir de uma análise fática de determinada área, a qual ateste que esta, pelas suas características físicas, corresponde ao conceito estabelecido para esses bens pelo art. 10, §3º, da Lei n.º 7.661/1988. Embora seja fisicamente possível se promover um levantamento topográfico de todos os espaços que se constituam praias marítimas, essa providência seria contraproducente, pois extremamente custosa e sujeita à breve obsolescência, já que o ecossistema praial é extremamente dinâmico, sujeitando-se mais que outros litorâneos à influência do movimento das marés (erosão<sup>228</sup> ou progradação<sup>229</sup>). Basta, assim, a compreensão de que o seu conceito é eminentemente fático, sendo que sua identificação, quando necessária, será feita concretamente, caso a caso, embora também por meio de um processo (mas simples, é bem verdade).

O mesmo, todavia, não se verifica em relação aos terrenos de marinha. Para estes, a lei estabelece um conceito cuja caracterização fática não é passível de aferição em uma singela vistoria ou atividade que equivalha. Exige-se, então, um processo que se desenvolva com observância dos parâmetros constitucionais e legais que regem a matéria, a fim de viabilizar a identificação dos elementos conceituais precisamente definidos no art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946. A garantia de observância desses elementos é exatamente a realização do processo demarcatório, cuja disciplina se encontra estabelecida nos arts. 9.º ao 14 daquele mesmo Decreto-lei, mas que deve obviamente ser cotejada com as disposições contidas na Lei n.º 9.784/2009 e, também e principalmente, com as normas constitucionais.

É certo que, considerando a generalidade da disciplina estabelecida naquele Decreto-lei, há de se reconhecer à Administração a atribuição para pormenorizar o rito, ou seja, para indicar sequência de atos que devem preencher a estrutura predefinida na norma legal especial. Para tanto, poderá editar seus instrumentos internos que se destinem a disciplinar a tramitação dos processos da espécie. Não poderá, contudo, adotar fórmula que desfigure o caráter processual da atividade demarcatória, a ponto de a tornar imprestável às finalidades conferir legitimidade à atuação da União e assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Sobre essa questão não é demasiado lembrar que o direito ao processo justo, o que inclui evidentemente o de demarcação dos terrenos de marinha, é uma garantia à qual a

---

<sup>228</sup> A erosão costeira é o processo de retirada de sedimentos da costa, com a sua consequente redução (SAVI, 2007, p. 92).

<sup>229</sup> Progradação, também chamada de evolução, é o processo natural por meio do qual costa é ampliada em decorrência do depósito de sedimentos na faixa de praia o pelo mar.

Constituição conferiu o *status* de fundamental e, como tal, não está sujeito à abolição ou esvaziamento por obra do legislador, muito menos ainda por ato da Administração.

A imprescindibilidade do processo de demarcação para identificação dos terrenos de marinha também se revela em razão das consequências que dele decorrem em desfavor dos particulares. Como já foi consignado anteriormente, a demarcação dos terrenos de marinha tem efeitos meramente declaratórios. Não é o processo que constitui a propriedade, mas apenas o instrumento por meio do qual se determina a localização daqueles bens. Contudo, embora não constitua a propriedade da União, produz o efeito desconstitutivo em relação aos títulos que até então aproveitavam aos particulares, viabilizando que a União promova o registro de sua propriedade, na forma prescrita no art. 2.º, parágrafo único da Lei 9.636/1998.

Essa consequência é também reconhecida pela jurisprudência pacífica no âmbito do STJ, conforme se extrai das ementas dos julgados que se seguir se transcreve em parte:

Ementa: ADMINISTRATIVO. TERRENO DA MARINHA. RECONHECIMENTO DO DOMÍNIO DA UNIÃO MEDIANTE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM* DE LEGITIMIDADE. TITULARIDADE ORIGINÁRIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

3. É desnecessário o ajuizamento de ação própria, pela União, para a anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade. Precedente.

4. A jurisprudência desta Corte Superior possui firme entendimento no sentido de ser o procedimento administrativo demarcatório apto a ensejar a retificação do registro imobiliário para a propriedade da União, tendo em vista que a propriedade sobre os terrenos da marinha possui caráter originário, o que importa o mero reconhecimento de propriedade. Ademais, o procedimento demarcatório tem presunção *iuris tantum* de legitimidade, detendo o suposto proprietário particular o ônus da prova em contrário.

(...)

(REsp 1204147/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010)

Como se vê, se por um lado se defere à União a possibilidade de promover o registro de sua propriedade sem a necessidade de promover ação visando ao cancelamento de títulos relativos a imóveis sobrepostos aos seus, por outro lhe exige a realização do devido e imprescindível processo demarcatório, que é apontado na Lei n.º 9.636/1998 como requisito à realização do registro. Aliás, essa exigência de conclusão regular do processo de demarcação não poderia ser ignorada pela legislação que rege a matéria, uma vez que os títulos por ventura existentes em favor dos particulares gozam, até que ultimado o processo administrativo em referência, também de presunção de legitimidade (*iuris tantum*), pois

decorrentes de função (registrar) exercida sob a fiscalização do Poder Público. Desse modo, não se poderia admitir que aquela presunção, que existe, embora não absoluta, fosse afastada sem o término regular do processo demarcatório.

Outrossim, também como consequência dos processos de demarcação exsurge para os particulares a obrigação de promover o pagamento dos encargos decorrentes da utilização dos respectivos imóveis, já que a partir da conclusão do processo, assumem eles a condição de meros ocupantes. Mas essa obrigação, de igual modo, condiciona-se à realização do processo regular de demarcação, muito embora a lei possibilite as cobranças de taxas de ocupações relativas a períodos anteriores à efetiva inscrição, conforme dispõe o art. 128, §1.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, c/c art. 7.º, §5.º, da Lei 9.636/1998, fazendo incidir a obrigação de pagamento a início da efetiva ocupação, observado o prazo decadencial<sup>230</sup> previsto no art. 47, inciso I e §1.º, também da Lei 9.636/1998, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 10.852/2004.

A respeito da exigência de desenvolvimento regular do processo de demarcação dos terrenos de marinha como requisito para cobrança de qualquer encargo, a jurisprudência também é pacífica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como se percebe a partir dos julgados a seguir referenciados:

Por fim, deve ser afastada a cobrança da taxa de ocupação, a qual só poderá ser realizada após o procedimento demarcatório/remarcatório regular, observando-se a imprescindibilidade da notificação pessoal do proprietário com residência certa para a sua validade.

(AgRg no REsp 1253796/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 26/04/2012)

No mesmo sentido:

6. Pode a União realizar cobrança de taxa de ocupação de terrenos de marinha, porém, após a conclusão de procedimento demarcatório regular, observando-se a imprescindibilidade da notificação pessoal do proprietário com residência certa para a validade do procedimento administrativo da SPU, o que não ocorreu *in casu*.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1205573/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010).

---

<sup>230</sup> Sobre a forma de aplicação do disposto no art. 47, inciso I e §1.º, da Lei 9.636/1998, imperiosa a leitura do Acórdão proferido no REsp 1133696/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 17/12/2010, sob sistemática dos recursos repetitivos.

Mas não é como pensa a União, que a todo custo tenta criar figuras (anti)jurídicas como “alternativas” ao processo de demarcação, embora nenhuma delas encontre sustentação no ordenamento jurídico-constitucional.

O intento de ignorar a exigência legal de realização do devido processo demarcatório é confessado expressamente pela SPU (2014-A, p. 42) em seu Plano Nacional de Caracterização do Patrimônio Imobiliário da União (PNC):

Uma das iniciativas para que a SPU tenha um estudo aprofundado sobre a geomorfologia da costa brasileira foi o levantamento do estudo de Evolução e Progradação da costa litorânea elaborado pelo Ministério do Meio Ambiente, que disponibiliza a cartografia contendo a classificação geomorfológica litorânea do Brasil.

Baseado neste trabalho, é que se propõem o agrupamento de trechos com essas características, para assim saber a real necessidade de se demarcar de acordo com os ritos da legislação que trata a demarcação, ou se somente será necessário identificar tais áreas, definir a faixa de terreno marginal ou de marinha e levar a registro.

A SPU acredita, assim, que em determinadas localidades, em vez de demarcar por meio do processo regular, poderia apenas “identificar tais áreas”, definindo onde estariam os terrenos de marinha e levando-as a registro, o que teria como consequência a desconstituição dos eventuais títulos públicos que favorecessem os particulares, bem como a sujeição destes ao pagamento de encargos pela utilização das áreas “identificadas” como de propriedade da União.

Cabe, então, indagar: como identificar sem demarcar? Como definir a localização dos terrenos de marinha sem a observância das prescrições estabelecidas no Decreto-lei n.º 9.760/1946? Como adotar tais providências sem utilizar o instrumento que a Constituição elegeu indispensável para a legítima atuação da Administração?

É imperioso ter claro que não é uma faculdade da SPU realizar o processo de demarcação, mas uma obrigação imposta pela lei e que, mediamente, também foi outorgada pela própria Constituição. Destarte, inexistente outra via para demarcação dos terrenos de marinha, os quais somente podem ser assim qualificados<sup>231</sup> após o desenvolvimento regular do processo administrativo a que aludem os arts. 9.º ao 14 do Decreto-lei n.º 9.760/1946. Não há, portanto, jeito (ou “jeitinho”) a dar.

<sup>231</sup> Isso não quer dizer que eles não existam sem o processo. O processo apenas revelará sua localização, não sendo ele o instrumento que constitui a propriedade da União. O tema, aliás, já foi tratado a contento.

### 3.3.1. A inexistência da figura (anti)jurídica da “Linha Presumida”.

Da imprescindibilidade do processo de demarcação dos terrenos de marinha decorre a conclusão de que, para a produção de efeitos jurídicos, notadamente a desconstituição de títulos de particulares e a imposição de encargos a estes, não se pode simplesmente presumir que determinada área seja da União.

Essa conclusão, aparentemente óbvia, é ignorada pela União, que no âmbito da SPU construiu pela praxis administrativa uma figura (anti)jurídica denominada “Linha Presumida”. Foi esta a solução encontrada para “regularizar” a inscrição de ocupações de terrenos “presumidamente” de marinha, bem como para, por evidente, promover a cobrança de encargos decorrentes da utilização desses bens, antes mesmo da realização do necessário processo legal de demarcação.

O fundamento legal invocado pela União para essa figura (anti)jurídica estaria supostamente no art. 61 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, conforme se pode extrair dos documentos oficiais expedidos no âmbito da SPU.

A propósito, Cazetta (2002, p. 48), na já mencionada obra editada pela SPU contendo a consolidação (da) e comentários à legislação imobiliária da União, ao explicar o sentido do dispositivo legal antes mencionado, afirma que “A União tem a prerrogativa de manter cadastro de imóveis que presumidamente lhe pertencem. É o que ocorre, por exemplo, com as áreas litorâneas ainda não demarcadas.”

Oportuno consignar que, embora não afirme de forma expressa que, da possibilidade de se “cadastrar” com base em uma presunção, também se possa promover a cobrança de encargos com base nesta mesma presunção, Cazetta parece cogitar essa possibilidade, uma vez que não a excluiu. O silogismo a partir de suas considerações em outros trecho do seu livro autoriza essa conclusão. Isso pelo fato de que, do cadastramento das ocupações, nos termos do que dispõe o art. 128 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, decorre a exigibilidade das taxas de ocupação.

Mas aquilo que Cazetta não disse com todas as letras, a SPU fez no seu Plano Nacional de Caracterização do Patrimônio da União – PNC (SPU, 2014, p. 16), ao referenciar o suposto fundamento legal para o estabelecimento das linhas presumidas: “Por oportuno, informamos que há a previsão legal para que a SPU regularize as ocupações de imóveis presumidamente de domínio da União, conforme estabelece no artigo 61, da DL 9760/46.”.



Em outros termos: o cadastro apontado por Cazetta, no PNC se converte em inscrição (“regularização”) da ocupação, do que necessariamente decorrem cobranças de encargos.

Em outro trecho do PNC a SPU (2014-A, p. 30) volta a se referir às linhas presumidas:

(...) Podemos averiguar todas as linhas demarcadas estando em vários estágios, tais como:

1. Linha demarcada, homologada e registrada;
2. Linha demarcada e homologada;
3. Linha demarcada e não homologada; 4. Linha presumida.

Para um melhor entendimento, é importante frisar que mesmo estando com o status de linha presumida, a SPU previamente informa por meio de certidão de dominialidade se aquela área está ou não em domínio da União, a partir de estudos que demonstrem claramente que está em área indubitavelmente<sup>232</sup> da União.

A SPU faz referência, ainda, ao instituto da “Linha Presumida” desde sua Instrução Normativa n.º 01, de 30 de março de 1981, que no seu item 52<sup>233</sup> afirmava:

“Nas zonas onde não haja, ainda, linha da preamar media determinada na forma da lei, só se procederá à inscrição se o terreno for presumida ou inequivocamente de propriedade da União, fazendo-se em tal caso a devida ressalva.”

Por óbvio que em itens subsequentes esta mesma Instrução cuidou de apontar também as consequências dessa inscrição, em especial a cobrança de encargos.

Note-se que até o presente momento se fez a referência apenas aos atos ordinatórios<sup>234</sup> e documentos oficiais da União que mencionam a existência da tal “Linha Presumida”. A ausência de menção a qualquer ato normativo primário não se deveu a esquecimento, muito menos a uma impropriedade metodológica deste trabalho. A razão para tanto foi unicamente esta: nenhum diploma legal faz qualquer referência à existência da “Linha presumida”!

<sup>232</sup> Sobre o que se compreende por “área indubitavelmente da União”, a próxima seção desta pesquisa se dedicará ao tema.

<sup>233</sup> Esse item da Instrução Normativa n.º 01/1981 foi revogado pelo Instrução Normativa n.º 01/1986. A referência a ela, no entanto, foi feita com o escopo de demonstrar que a “linha presumida não se constitui em um instituto(?) novo da prática administrativa no âmbito da SPU.

<sup>234</sup> Segundo Hely Lopes Meirelles (2000, p. 173), “Atos administrativos ordinatórios são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e da conduta funcional dos seus agentes. São provimentos, determinações ou esclarecimentos que se endereçam aos servidores públicos para orientá-los no desempenho de suas atribuições.” Nesta categoria, Meirelles (2000, p. 173-174) inclui as instruções, fazendo expressa referência de que elas não podem contrariar a legislação, pois é inferior a esta, bem como não podem alcançar os particulares, já que destinadas ao âmbito interno da Administração.

Para que não restem dúvidas quanto ao que foi antes afirmado, impõe-se transcrever integralmente o art. 61 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, que a União entende respaldar a realização de inscrições ocupação e a cobrança de encargos sem antes realizar o processo de demarcação:

SEÇÃO V  
DA REGULARIZAÇÃO DA OCUPAÇÃO DE IMÓVEIS PRESUMIDAMENTE  
DE DOMÍNIO DA UNIÃO

Art. 61. O S. P. U. exigirá de todo aquele que estiver ocupando imóvel presumidamente pertencente à União, que lhe apresente os documentos e títulos comprobatórios de seus direitos sobre o mesmo. (Vide Lei nº 2.185, de 1954)

§ 1º Para cumprimento do disposto neste artigo, o órgão local do S. P. U., por edital, sem prejuízo de intimação por outro meio, dará aos interessados o prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por igual termo, a seu prudente arbítrio. (Vide Lei nº 2.185, de 1954)

§ 2º O edital será afixado na repartição arrecadadora da Fazenda Nacional, na localidade da situação do imóvel, e publicado no órgão oficial do Estado ou Território, ou na folha que lhe publicar o expediente, e no Diário Oficial da União, em se tratando de imóvel situado no Distrito Federal. (Vide Lei nº 2.185, de 1954)

É de fácil percepção que nem uma exegese literal conduz à conclusão de que se possa, antes de se concluir o processo de demarcação, promover o cadastramento de qualquer ocupante, o que decerto produziria também as consequências já antes mencionadas: a desconstituição dos títulos dos particulares e a obrigação de pagamento de encargos. Desse modo, considerando que a Administração se vincula ao princípio da legalidade estrita, o que significa dizer que só pode fazer o que a lei expressamente autoriza, e em razão de o dispositivo legal falar apenas na convocação dos particulares para apresentação de documentos, a União, então, não poderia fazer coisa alguma além de convocá-los. Não poderia, pois, traçar uma “linha presumida”, muito menos cadastrar ocupantes e cobrar destes quaisquer encargos.

Mas se poderia fazer a seguinte ilação (não se trata de dedução, mas pura ilação mesmo): “convocar para que, se não for para cadastrar?” É aí que começam as impropriedades interpretativas da União.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que o disposto no art. 61 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, não poderá ser interpretado de forma dissociada das demais disposições constantes no referido diploma legal. Ele se encontra inserido como uma das Seções (V), do Capítulo II, do Título I, do referido Decreto-lei, que sucede as seções que tratam da demarcação dos terrenos de marinha (Seção II), da demarcação de terras interiores (Seção III),

da demarcação de terrenos para regularização fundiária de interesse social<sup>235</sup> (Seção III-A) e, por fim, da discriminação<sup>236</sup> de terras da União (Seção IV). Logo, sem se descuidar da necessidade de se promover o exame sistemático da norma em seu conjunto, tem-se que as disposições do art. 61 se relacionam mais de perto com as constantes nas seções antecedentes do mesmo Capítulo II, do Título I.

Fixadas essas premissas, há de se atentar para o fato de que todos os procedimentos de demarcação e discriminação estabelecidos no referido do Capítulo II, possuem uma fase em que se promove a convocação dos interessados, a fim de que possam participar de algum modo do procedimento. Com relação à demarcação dos terrenos de marinha, as disposições da espécie constam nos arts. 11 e 13, as das terras interiores, por sua vez, no art. 16, as da regularização por interesse social, no art. 18-D e, por fim, as da discriminação de terras constam nos arts. 23 (discriminação administrativa) e 35 (discriminação judicial).

Desse modo, o que estabelece o art. 61 do Decreto-lei n.º 9.760/1946 é exatamente (nem mais e nem menos) a faculdade de exigir, e não mais de apenas convidar os interessados, para que apresentem, no curso de tais demarcações ou discriminações, os documentos e títulos relativos às áreas que ocupam. Percebam que não foi sem motivo que o art. 61 constou depois de todas as Seções relativas às demarcações e discriminações das diversas categorias de bens da União.

Não se pode, como quer fazer a União, isolar o art. 61 e dele extrair uma autorização para presumir que a propriedade da União esteja aqui ou acolá. É querer “tirar leite de pedra”.

Mas ainda que se admitisse a possibilidade (o que aqui se faz apenas para fins argumentativos) que o referido dispositivo legal estivesse realmente autorizando o traçado de uma “linha presumida”, é de se concluir que certamente não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988, pois representaria manifesta violação aos direitos fundamentais dos particulares, notadamente daqueles que ostentassem títulos públicos transcritos.

Imagine-se a situação inusitada e absurda: o particular, portador de um título devidamente transcrito perante o respectivo registro imobiliário, é submetido à inscrição perante a SPU, que assim estaria “regularizando” uma ocupação. Contudo, essa “regularização” se realiza mesmo diante do fato de que esta mesma SPU sequer tenha

---

<sup>235</sup> Aqui não se trata propriamente de demarcação, exatamente pelo fato de que já pressupõe a demarcação. Tanto é assim que os incisos III, IV e V, do §2.º, do Art. 18-A, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, exigem que o tal “auto de demarcação” seja instruído com a certidão da SPU que ateste a propriedade da área, bem como com as plantas demarcadas (e não por demarcar) da LPM ou LLM, conforme se trate de terrenos de marinha ou marginais.

<sup>236</sup> Nos termos do art. 19, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, “Incumbe ao S. P. U. promover, em nome da Fazenda Nacional, a discriminação administrativa das terras na faixa de fronteira e nos Territórios Federais, bem como de outras terras do domínio da União, a fim de descrevê-las, medi-las e extremá-las do domínio particular.”

instaurado o processo de demarcação dos terrenos de marinha. Ocorre que isso não é problema para a União, pois existe uma solução fácil, rápida e barata: traça-se uma “Linha de Preamar Presumida”.

O problema, no entanto, não se encontra definitivamente resolvido, mesmo com essa solução nada ortodoxa, uma vez que resta saber, ainda, o que seria essa “linha presumida”, onde ela fica e como deve ser traçada. Sobre essa questão, Cazetta, na obra editada pela própria SPU, tenta apresentar solução:

Para que se forme a presunção de propriedade, o órgão local da SPU deve utilizar indicadores como plantas planialtimétricas, formação vegetal, continuação presumida de linha já demarcada etc.

Observa Diogenes Gasparini, op. cit., p. 702, que, às vezes,

“substituem os peritos a linha da preamar média de 1831 pela linha do jundu, caracterizada pelo início de uma vegetação (jundu), sempre existente além das praias e para o interior das terras que com elas confinam.

O critério, a nosso ver, embora resolva na prática os problemas de demarcação da faixa dos trinta e três metros, ressent-se de legalidade. A aceitação, pelo Judiciário e pela SPU, não o torna legal. Por ele, não se atende ao prescrito no art. 2o do Decreto-Lei n. 9.760, de 1946, que exige sejam os trinta e três metros contados da linha da preamar média de 1831, e desconhece-se, por conseguinte, que os requisitos legais para a sua determinação são os registrados no art. 10. Estes são os únicos válidos.”

Teria razão o jurista se o critério fosse havido como suficiente à demarcação administrativa oficial, o que não é o caso. A linha do jundu, em procedimentos da espécie, serve apenas de elemento a mais de convicção, que se soma, como se observou, a diversos outros (entre eles fotografias, quadros, descrições epistolares e literárias etc.), utilizados como instrumentos de caracterização transitória, até que, por meios considerados tecnicamente idôneos, seja demarcada a linha.

Ao objetar as ponderações de Diogenes Gasparini, Cazetta afirma que a “demarcação administrativa oficial” da linha presumida é feita conjugando linha de jundu, com outros elementos de convicção, tais como fotografias, quadros, descrições epistolares e literárias.

Antes de tudo, há de se afirmar que essa tal “demarcação administrativa oficial” só pode ser qualificada dessa maneira porque se sucede por conduta de um órgão público (oficial). Não significa dizer que seja estabelecida em lei, pois definitivamente não é. É, então, apenas neste sentido “oficial”. Entretanto, embora “oficial”, não restam dúvidas de que seja ilegal, como corretamente advertiu o “contestado” (por Cazetta, na obra editada pela SPU) doutrinador Diogenes Gasparini, pois é divergente do que prescreve a lei.

Se é ilegal, pois a ela a lei se refere, a quem caberia escolher quais os critérios, dentre os “diversos outros” mencionados por Cazetta, que devem orientar a definição do traçado da “linha presumida”? Pode o administrador escolher livremente por qual deles se conduzir? Haveria, então, autorização constitucional para se excepcionar o princípio de legalidade estrita, de modo que a SPU estivesse autorizada a atuar sem fundamento em lei (em sentido

estrito), mas apenas orientada por seus normativos internos? Tais indagações não merecem resposta, pois cogitar que se possa deferir tal liberdade ao administrador é inconcebível em um Estado Constitucional de Direito.

Diferentemente do que afirma Cazetta, a lei só estabelece uma linha apta a definir a partir de onde deve ser medida a faixa dos terrenos de marinha, e esta linha é a que corresponde à média das preamares de 1831, cuja determinação da posição demanda a realização de um processo de demarcação na forma disposta nos arts. 9.º a 14 do Decreto-lei n.º 9.760/1946. Fora de processo desta espécie, por ser a única opção deferida pela legislação para identificação dos terrenos de marinha, há somente a ilegalidade.

Mas qual seria, então, o propósito em se traçar uma “linha presumida” em lugar da linha da preamar média de 1831? A SPU revela seu desígnio no documento intitulado *Projeto Orla: fundamentos para gestão integrada* (MMA/SQA, MP/SPU, 2002, p. 17), elaborado em parceria com a Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentos Humanos, esta que integra o Ministério do Meio Ambiente:

Como visto, todo o processo é bastante extenso e oneroso, de forma que a SPU demarcou, até 2002, em torno de 50% dos bens da União na costa brasileira, numa atividade que continua em andamento. Nos casos em que se faz necessária a determinação da dominialidade de um bem em áreas que ainda não tiveram a homologação da LPM de 1831, é feita a suposta identificação de terrenos de marinha e seus acréscidos, a partir do estabelecimento de uma Linha Presumida de Marinha.

Pelo acima exposto, vê-se que há uma grande utilidade, em favor da União, ao promover o traçado de uma linha presumida: economizar os custos elevados do traçado da linha da preamar médio de 1831.

Mas não é só isso. O traçado da linha presumida, pelo que entende a SPU, viabilizaria a cobrança dos encargos decorrentes da ocupação, sendo a preocupação com a arrecadação um dos nortes da atuação da SPU, como denota outro trecho do seu PNC (SPU, 2014-B, p. 28):

“A falta da demarcação conduz ao não cadastramento dos eventuais ocupantes dos imóveis da União e tanto pode resultar em perda de receita, nos casos de ocupações que ensejariam ônus, quanto impossibilitam a concessão de benefícios sociais, quando a ocupação representa o exercício de direitos fundamentais.”

Afora essas utilidades, que interessam à SPU apenas imediatamente, não há qualquer outra. Destarte, o interesse meramente fiscal faz com que a União se distancie da postura de Estado que deveria ter, cumprindo efetivamente o compromisso constitucional de assegurar

aos indivíduos o exercício dos seus direitos fundamentais, tanto o de propriedade como os de caráter processual.

E não se tenha por cabível a invocação do discurso simpático, porém inverídico, de que a identificação dos terrenos de marinha representaria uma proteção adicional aos ecossistemas costeiros. A propósito desta questão, ainda que se cogite ser verdadeira a assertiva (o que aqui não se faz!), não se pode admitir que, em virtude de uma suposta preocupação ambiental, estaria justificado traçar a “linha presumida”, pois isto consubstanciaria prática bem ao estilo de Maquiavel: “os fins justificam os meios”. Se à proteção dos ecossistemas costeiros interessa a identificação dos terrenos de marinha, então que sejam adotadas as providências que a legislação em vigor determina, ou seja, que se promova a demarcação de acordo com o que dispõem os arts. 9.º a 14 do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

Todavia, deve-se considerar o fato de que os ecossistemas costeiros possuem instrumentos próprios que lhes conferem resguardo, de modo que o fato de se tratar ou não de terreno de marinha não deixa “órfão” de proteção determinada faixa do litoral. Basta imaginar a situação (comum, ressalte-se) em que, como decorrência do avanço do mar, os terrenos de marinha não mais existissem. Pergunta-se, então, se estes espaços costeiros ficariam sem proteção efetiva. Evidente que a resposta para essa indagação é negativa, pois há instrumentos legais que lhe conferem proteção em razão da sua caracterização como ecossistema costeiro, e não em razão da sua identificação como terrenos de marinha.

Por tudo se vê que a “linha presumida” se constitui num (des)arranjo para minimizar os efeitos da ineficiência mais que secular da SPU em promover a identificação das áreas da União, pois, conforme mesmo menciona em seu PNC, nos 160 (cento e sessenta) anos de sua existência, somente promoveu a identificação de 24% (vinte e quatro por cento) dos terrenos de marinha e de 1% (um por cento) dos terrenos marginais (SPU, 2014-A, p.65).

Se é urgente, então, reverter esse quadro, é preciso não sacrificar ainda mais os cidadãos. Estes já pagaram pela ineficiência histórica desse órgão. Não é justo, agora, cobrar-lhes também pelos desacertos da pressa.

### **3.3.2. Da inaplicabilidade do instituto(?) da “área indubitavelmente da União” para identificação dos terrenos de marinha e seus acréscimos.**

A imprescindibilidade do processo de demarcação também conduz à conclusão de que “área indubitavelmente da União” será aquela que resultar “indubitavelmente” qualificada

como terreno de marinha ou acrescido, após a necessária conclusão daquele feito, no qual se devem resguardar todos os direitos fundamentais processuais dos interessados.

Nada obstante isso, a União tem usado a expressão “área indubitavelmente da União” para designar imóveis que, dispensando o regular processo de demarcação previsto e exigido na legislação, ou mesmo antes do seu término, poderiam ser reconhecidos como de propriedade da União para fins de destinação e eventual cobrança de encargos.

A propósito da questão, é necessário referenciar novamente PNC da SPU (2014-A, p. 37), sendo conveniente mencionar que o trecho a seguir transcrito consta nas duas edições do aludido documento. Eis o seu teor:

Importa salientar, como otimização das ações de identificação, a alternativa preliminar de manifestação por parte da área de caracterização, das situações em que a União, antecipadamente pode definir a situação das áreas da União, antes de finalizar o processo de demarcação. Trata-se da identificação de áreas indubitavelmente da União, em áreas caracterizadas como várzeas e seus acrescidos, áreas incontestavelmente da União. Para tanto, deve-se elaborar um relatório e justificativa preliminar, contendo estudos que comprovem a situação, podendo ser considerado o cálculo das réguas, dados de monitoramento das ações da defesa civil das cheias e vazantes, cotas de altimetria. Consta no portal colaborativo o modelo padrão de relatório de área indubitavelmente da União.

E há ensejo aqui para uma indagação: todas as várzeas se constituem bens da União? São todas elas “áreas incontestavelmente da União”, como diz o PNC da SPU?

Acerca desse alegado domínio sobre as várzeas, a Secretaria do Patrimônio da União, em seu Manual de Regularização Fundiária em terras da União (SPU, 2006, p. 24), apresenta a seguinte resposta:

**Várzeas são áreas localizadas ao longo de rios com ciclos anuais**, marcados por períodos de cheias e vazantes. São terrenos que, periodicamente, ficam alagados durante a enchente do rio e descobertos com a vazante. Contudo, não existe um conceito de “várzea” descrito em lei. Adota-se, então, como base, o conceito de leito maior, trazido pela Resolução n.º 004/85 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama): “calha alargada ou maior de um rio, ocupada nos períodos anuais de cheia” (BENATTI, 2005). Equivale dizer que a várzea pode ser considerada como o próprio rio e, como tal, integrante do mesmo ecossistema.

No trecho antes transcrito, a SPU utiliza a lógica da agregação, ao domínio hídrico, das áreas adjacentes aos cursos de água, o que não é um raciocínio novo, já tendo sido utilizado em relação aos terrenos acrescidos de marinha<sup>237</sup>. A propósito, durante muito tempo

<sup>237</sup> A propósito, ver Ordem Régia de 4 de dezembro de 1678: “nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés” (LIMA, 1865, p. 9). Cite-se, ainda, o Aviso de 18 de novembro de 1818: “tudo que toca a água do mar e acresce sobre ela é da Coroa, na forma da Ordenação do Reino.” (LIMA, 1865, p. 15).

se entendeu que os acrescidos de marinha tinham a natureza de mar<sup>238</sup>, pois formavam-se sobre o fundo do oceano. Era o argumento utilizado pela Coroa Portuguesa para sustentar que os municípios, a quem então cabia a arrecadação dos encargos pagos pelos foreiros dos terrenos de marinha, não tinham tal direito em relação aos acrescidos de marinha.

É de se registrar que essa lógica, quanto aos acrescidos de marinha, hoje soa como absolutamente imprópria, pois a associação imediata que se faz é a de que eles foram acrescidos *aos* de marinha, e não ao mar. No entanto, o raciocínio aplicável às várzeas é defensável, desde que somente se compreenda por várzea aquela porção de terra descrita na mencionada Resolução n.º 004/85 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Neste caso, o fundamento da propriedade seria o disposto no inciso III do art. 20 da CB/1988, combinado com a regra estabelecida no art. 92 do Código Civil<sup>239</sup>.

Há de se ter cautela, contudo, pois o conceito de várzea não decorre de lei, como mesmo admitiu o Plano Nacional de Caracterização do Patrimônio da União, nem tampouco é ele unívoco. A propósito, como se verá nas definições a seguir formuladas, é possível se empregar à expressão um sentido bem mais amplo:

As várzeas se caracterizam por serem solos aluviais e/ou hidromórficos, geralmente planos e ricos em matéria orgânica, facilmente irrigáveis por gravidade, na maioria dos casos, e inundados temporariamente ou não (margens de córregos, rios, vales úmidos), porém, apresentando, muitas vezes, umidade excessiva, necessitando de drenagem adequada. Mencionam-se que as várzeas são constituídas de solos originários da decomposição de materiais transportados por cursos da água ou mesmo trazidos das encostas pelo efeito erosivo das chuvas. (EMBRAPA, 2004)

Cite-se ainda:

Os solos de várzea e de topo, pelo relevo plano, oferecem melhores condições para a agricultura que as encostas. As áreas de várzea apresentam melhor suprimento de água e são zonas de acúmulo de sedimentos provenientes das partes elevadas do relevo e de outras várzeas à montante do sistema de drenagem da bacia. Nas várzeas podem ser encontradas diferentes classes de solos, alguns deles derivados do material de origem e outros consistindo de camadas de sedimentos. (SANTOS, SALCEDO, 2010, p. 2)

Vê-se, pois, que a polissemia do conceito de várzea se verifica inclusive no âmbito dos órgãos e entidades da própria União<sup>240</sup>, o que enseja prudência ao afirmar que se trate

<sup>238</sup> Sobre a questão, a Provisão de 3 de fevereiro de 1852 dizia: “(...) porquanto, sendo as marés interiores do Município da Corte além do ponto onde terminam as marinhas, assim como todos os outros que circundam o Império do domínio Nacional, devem neste mesmo entrar quaisquer acumulações de terras, que nele aparecem, ou sejam causais ou artificiais, pois que, além de assentarem sobre o fundo do mar, o qual tem a mesma natureza deste, distingue-se a poder separar-se do terreno de marinhas, sem lhe causar detrimento.” (LIMA, 1865, p. 97).

<sup>239</sup> Essa regra era de igual modo contemplada pelo Código Civil anterior.

<sup>240</sup> A EMBRAPA é entidade que integra a Administração Pública Federal indireta, estando vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).



necessariamente de bem público. Isso pelo fato de que o fundamento de propriedade sobre as várzeas não é o simples fato de serem elas “várzeas”. A aparente redundância foi proposital, sendo justificada na necessidade de se enfatizar que, na verdade, não é a caracterização do ecossistema “várzea” que estabelece o domínio público, mas a correspondência, por extensão, aos conceitos de corpos de água, estes, sim, de propriedade pública, na forma dos arts. 20, III (União), e 25, I (Estados), da Constituição de 1988.

Desse modo, a assertiva no sentido de que as “várzeas são bens públicos” só será verdadeira se por “várzea” forem considerados apenas os “terrenos que periodicamente, ficam alagados durante a enchente do rio e descobertos com a vazante.” Afastando-se desse estreito conceito, caso se adote uma ampla acepção para compreender também as áreas adjacentes àquela em que se verifica esse movimento periódico dos rios, não caberá se invocar a aplicação da lógica de que “o acessório segue o principal”, conforme dispõe o art. 92 do Código Civil.

Além do mais, mais uma questão a exigir cautela é o fato de que, por esse conceito estrito de “várzea”, haveria coincidência ao menos parcial com os espaços correspondentes aos terrenos marginais dos corpos d’água federais, o que fragiliza o argumento de que se trate de bem com a mesma natureza do patrimônio aquático da União.

Fora essas questões, resta saber, ainda, o que a União entende que sejam os “acrescidos” de várzea? A qual dos bens elencados no art. 20 da CB/1988 essa nova figura corresponde?

Essas indagações são relevantes, pois ainda que se admita que algumas<sup>241</sup> várzeas sejam de propriedade da União (ou dos estados), há de se saber qual seria o fundamento que justifica a dominialidade sobre os tais “acrescidos”. Em outros termos: quais fundamentos autorizam a conclusão de que esses “acrescidos” de várzeas se constituam bens “indubitavelmente da União”?

Para esses questionamentos não há respostas nos manuais da SPU, muito menos na legislação patrimonial da União e, o que é mais grave, na Constituição de 1988.

E nem se cogite, ainda, invocar a fórmula genérica de que os “acrescidos” de várzeas teriam a mesma natureza destas, de modo que estariam nelas compreendidas. Se admitida essa sistemática de “agregação ao principal”, haveria o risco de se permitir uma progressão perigosa ao infinito, o que representaria grave ameaça de comprometimento da propriedade dos particulares sobre as áreas adjacentes aos cursos de águas. Note-se que o apontado

---

<sup>241</sup> Se verá mais adiante que nem todas as várzeas são da União, já que aquelas situadas em curso de água estaduais pertenceriam aos respectivos estados.

fundamento da propriedade das várzeas já foi o fato de estas corresponderem a uma extensão dos cursos de águas. O passo seguinte foi o de entender que também os “acrescidos” de várzeas” são bens “sabidamente da União”. O que mais se poderá esperar, então?

Também não se diga que “acrescidos de várzeas” e “várzeas” são a mesma coisa, pois não são. Que o diga a distinção entre terrenos de marinha e terreno acrescido de marinha, que demonstra não haver identidade conceitual entre essas categorias de bens. Além do mais, se se tratassem da mesma coisa, não haveria qualquer utilidade em se referir às “várzeas e seus acrescidos.” Definitivamente, não são espaços coincidentes.

Mas o problema subsiste, pois não há qualquer indicação do que se possa compreender por “acrescido” de várzea. Se para o que se deveria entender por várzea a SPU pelo menos cuidou de apontar um conceito, embora não seja ele legal, pois constante apenas em um instrumento infrarregulamentar, que por sua vez aderiu a um conceito formulado por um estudioso do tema<sup>242</sup>, a mesma providência não foi adotada em relação aos “acrescidos” de várzeas.

Como se vê, toda construção do suposto fundamento de propriedade sobre as várzeas e seus acrescidos foi feita sem o arrimo em lei, sendo baseadas apenas em ilações da Administração, valendo-se de instrumentos infralegais para apontar o fundamento da propriedade da União sobre determinados espaços .

E que não se tome o disposto no art. 25 da Lei n.º 11.952/2009, combinado o art. 18-A do Decreto-lei 9.760/1946, como o fundamento legal da propriedade da União sobre as várzeas, pois do que ali se cuida é apenas do estabelecimento de um instrumento inquisitorial denominado “Auto de Demarcação”, que se prestaria, supostamente, a identificar de forma sumária áreas de várzeas<sup>243</sup>, leitos de rios e outros corpos d’água federais. Não estabelece, portanto, a propriedade da União sobre esses bens, mas, ao contrário, a pressupõe, na medida em que disciplina a identificação dessas áreas. É tanto que se exige a instrução do tal “auto de demarcação” com as plantas que contenham a posição das linhas (LPM/1831 ou LMEO,

<sup>242</sup> Ainda que se reconheça se tratar de pessoa qualificada, há no meio acadêmico diversas outras definições de várzea, que poderiam, de igual modo, ser adotadas. A escolha desta, especificamente, não foi minimamente justificada, nem muito menos, como seria imprescindível, prescrita em lei.

<sup>243</sup> Interessante perceber a União, em seus Manuais, antes considerava a várzea como compreendida no conceito de corpo d’água, o que justificaria a propriedade sobre estes espaços. A lei, contudo, parece dar sentido diferente àquele conceito estreito que supostamente adotada pela União, no sentido de que a várzea seria apenas uma extensão do rio, considerando suas enchentes anuais. Se a intenção do legislador é se afastar desse conceito estreito, a ponto de tratar como coisas distintas o corpo d’água e várzea (que deveria ser mera extensão daquele), certamente é inconstitucional a referida disposição legal, na medida em que atribui bem à União sem cuidar de disciplinar a situação jurídica daqueles proprietários de áreas particulares que possam ser consideradas como várzeas (em uma acepção ampla). A aceitação da validade da referida disposição se condiciona à possibilidade interpretativa que resulte na consideração da várzea como mera extensão do corpo d’água, o que faria entender que a aparente distinção intentada pela norma resultou de atecnia do legislador.

conforme o caso), bem como de certidão da SPU que ateste o domínio da União sobre as áreas a serem objeto dos tais autos.

Não se olvide que a Administração tenha também a possibilidade de interpretar a legislação e, com isso, ultimar a “criação” o Direito para o caso concreto. Mas há limites, e a criatividade legislativa da SPU foi longe demais, comprometendo seriamente o patrimônio dos particulares em relação às áreas lindeiras aos corpos de água, além de sujeitar a União a futuros questionamentos na esfera judicial.

O que se pode concluir, portanto, é que, no que se refere aos “acrescidos” de várzeas, a SPU, por ato próprio e tipicamente administrativo (um simples “Manual”), fez aquilo que a Constituição de 1988, no seu art. 20, inciso I, facultou apenas ao legislador, que em todo caso não poderia descuidar, por óbvio, da obrigação de resguardar o direito fundamental de propriedade dos particulares, inclusive de pagamento de contraprestação pela supressão de propriedade.

E há mais outra impropriedade que infirma a assertiva do Plano Nacional de Caracterização do Patrimônio da União, no sentido de que “várzeas e seus acrescidos” podem ser classificados como “áreas incontestavelmente da União”. Essa conclusão desconsidera o disposto no art. 25, I, da Constituição de 1988, bem como ignora os documentos oficiais da própria União<sup>244</sup>, mais especificamente o Manual de Regularização Fundiária em Terras da União (2006, p. 25), que afirma:

“A várzea pode ser propriedade do governo (sic) federal ou estadual, dependendo da titularidade da água que a ocupa. Se as águas forem federais, a área de várzea pertence a União; se forem estaduais, a várzea pertencera ao Estado titular das águas.”

Mas a maior impropriedade consignada no trecho do PNC é a que sugere que a SPU possa “definir a situação das áreas da União, antes de finalizar o processo de demarcação.” (SPU, 2014-A, p. 37). Definitivamente esse argumento não é procedente. Mais que isso, coloca a atuação da SPU à margem da lei.

É importante, ainda, mencionar que a intenção de dispensar o processo de demarcação não se limita apenas às “várzeas e seus acrescidos”. Pensa a SPU que pode dizer o que determinado espaço se constitua em “área sabidamente da União” também com relação

<sup>244</sup> Ignora, ainda, as conclusões constantes na publicação denominada “Aprendizados do projeto de manejo dos recursos naturais da várzea – PróVárzea”, editada pelo Ministério do Meio Ambiente, de autoria de Marli Teresinha dos Santos. Em tal documento esta afirma: “No depoimento específico das ONGs ficou excluída a possibilidade de política pública de origem estadual e municipal, talvez porque pensem que a várzea é de dominialidade pública somente federal, sem levar em conta que terrenos de várzea podem também ser públicos estaduais ou municipais, dependendo do domínio das águas em que se encontram.” (MMA, 2005, p. 36)

aos terrenos de marinha. Quanto a essa questão, mais uma vez é importante transcrever trecho do PNC da SPU (2014-A, p. 30):

Destacamos que para o levantamento das áreas demarcadas contabilizamos todas as demarcações realizadas, mesmo ainda as que não estão plenamente concluídas, para efeito de diagnosticar as atividades que ainda deverão ser desenvolvidas. Podemos averiguar todas as linhas demarcadas estando em vários estágios, tais como:

1. Linha demarcada, homologada e registrada;
2. Linha demarcada e homologada;
3. Linha demarcada e não homologada;
4. Linha presumida.

Para um melhor entendimento, é importante frisar que mesmo estando com o status de linha presumida, a SPU previamente informa por meio de certidão de dominialidade se aquela área está ou não em domínio da União, a partir de estudos que demonstrem claramente que está em área indubitavelmente da União.

A inspiração Kafkaniana é irrefutável<sup>245</sup>. Certamente quem elaborou esse trecho do PNC se inspirou na descrição do itinerário do não-processo a que foi submetido Josef K., pois cuidou de reproduzir práticas reprováveis utilizadas pelos antagonistas na referida obra. No entanto, parece não ter percebido que se tratava de contundente crítica ao sistema. O “final”<sup>246</sup> da história já foi aqui contado, e ele não foi belo, ao menos não para Josef K..

É imperioso, contudo, reconhecer o esforço que a União vem empreendendo para identificar seus bens e lhes dar efetiva destinação. Louváveis são as iniciativas que pretendem a demarcação de todos os terrenos de marinha e acrescidos até o ano de 2020 (SPU, 2014-A, p. 66). Elas se afinam ao princípio da eficiência e à noção de boa governança, essenciais ao aperfeiçoamento da Administração Pública. Além do mais, a identificação do patrimônio da União é providência indispensável à destinação<sup>247</sup> dos bens que o integram, os quais, como quaisquer outros, subordinam-se ao comando constitucional de cumprir uma função social.

Isso, contudo, não pode importar o afastamento do dever de promover o necessário processo administrativo, que deve ser justo em medida suficiente para resguardar a integridade do patrimônio de todos os envolvidos, e não apenas o da União, sob pena de se

<sup>245</sup> A transcrição do trecho inicial do capítulo segundo da obra é imperiosa: “K. foi avisado pelo telefone de que no domingo seguinte teria lugar um pequeno inquérito sobre o seu caso. Chamaram-lhe a atenção para o fato de que esses inquéritos se sucederiam regularmente, se não toda semana, pelo menos com frequência. Por um lado, era do interesse geral levar o processo rapidamente a termo, mas por outro os inquéritos precisavam ser minuciosos em todos os sentidos, não podendo nunca durar muito tempo em virtude do esforço envolvido. Por esse motivo tinha escolhido como saída esses inquéritos breves, porém em rápida sucessão”. (KAFKA, 1997, p. 45)

<sup>246</sup> Trata-se de uma obra inacabada, cujos manuscritos Kafka abandonou em 1915, embora só tenha falecido em 1924. Contudo, Max Brod, amigo pessoal a quem o referido autor havia entregue tais escritos em 1920, entendeu que a narrativa neles contida era coerente, razão pela qual publicou o romance em 1925.

<sup>247</sup> A expressão aqui deve ser tomada em sentido amplo, compreendendo inclusive a preservação sem utilização, quando se tratar, por exemplo, de espaço que por razões ambientais ou de segurança deva permanecer desocupado.

configurar em um arremedo de processo ou mesmo um não-processo, tal como aquele descrito por Kafka.

A pressa exacerbada, sob o simpático rótulo do prestígio à eficiência, à celeridade e à informalidade, não deve representar sacrifício aos direitos fundamentais dos particulares. O processo “fast-food”, tal como se idealizado nos manuais da SPU, pode fazer mais mal do que bem, seja por comprometer o cumprimento de dever estatal de proteção aos indivíduos, seja também por fragilizar a atuação da União e sujeitá-la a eventuais questionamentos na via judicial.

### **3.4. Da fase introdutória: instauração e convocação dos interessados.**

Um processo, qualquer que seja a sua natureza (legislativo, judicial ou administrativo), não tem início apenas no momento em que ele é apresentado a todos aqueles que dele irão participar.

O processo legislativo, por exemplo, é inaugurado quando formulada a proposição legislativa, ou seja, no momento em que é formalmente apresentado um projeto de lei ou de emenda à Constituição, mesmo antes de serem iniciados os debates entre os membros do parlamento (PACHECO, 2013, P. 27-28). Ao ser recebido um projeto pela Presidência de alguma casa legislativa (em se tratando do Congresso Nacional), antes de ser determinado o início de sua efetiva tramitação pelas diversas comissões, promove-se a verificação quanto ao atendimento dos requisitos de autoria, bem como da presença de eventual circunstância que imponha óbice ao seu seguimento, como nos casos em que, por força do disposto no art. 60, §4.º, da Constituição de 1988<sup>248</sup>, a proposição não deve sequer ser objeto de deliberação. Somente após isso o projeto receberá numeração, será publicado no Diário Oficial e, então, encaminhado de forma impressa para todos os parlamentares. (PACHECO, 2013, p. 36-37).

Isso não significa dizer, contudo, que tudo aquilo que se sucedeu desde o início do processo, mesmo antes do recebimento dos impressos pelos parlamentares, não possa ser objeto de eventuais apontamentos e impugnações por parte destes. A razão para tanto é que, mesmo antes da ciência acerca da tramitação, já havia se instaurado o processo legislativo, o

---

<sup>248</sup> Art. 60 (...)

§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

que confere legitimidade para que os parlamentares promovam o questionamento daqueles atos já praticados anteriormente.

O mesmo ocorre com o processo judicial. Ao ser protocolada a petição inicial, antes de efetivamente constituída a relação processual de forma triangular, deve o juízo observar se os requisitos para instauração da ação foram atendidos, tais como capacidade postulatória, recolhimento de custas, observância de regras de competência (absoluta) e distribuição, dentre outras coisas. Entendendo satisfeitos os pressupostos, somente após isso deverá o juízo determinar a citação da parte demandada. Isso não quer dizer que esta, após integrar a lide, não possa provocar o reexame daquelas questões preliminarmente analisadas pelo juízo, caso entenda e demonstre que alguma impropriedade não foi observada pelo órgão julgador.

Com o processo administrativo, em especial o de demarcação dos terrenos de marinha, são adotadas várias providências mesmo antes da efetiva convocação dos interessados. No entanto, não se pode dizer que elas devem ser compreendidas como situadas fora do seu âmbito processual. Em outros termos: as providências preliminares à convocação inicial dos interessados, esta prevista no art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, são também etapas do processo de demarcação, de modo que o seu desenvolvimento deve observar todas as disposições constitucionais e legais que disciplinam o processo administrativo, notadamente as que estabelecem direitos fundamentais processuais.

A questão pode parecer singela, quiçá óbvia, mas não é, ao menos não para a União.

No julgamento da medida cautelar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º ADI 4264-MC/PE, proposta pela Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, cogitou-se qualificar os atos que se verificam antes da determinação da posição da LPM/1831, que são todos aqueles realizados até a efetiva decisão do chefe local da SPU homologando a posição da LPM/1831, como integrantes de um “pré-processo administrativo” (STF, 2011, p. 48), ou seja, uma fase preliminar *ao* processo, e não propriamente integrante *do* processo.

Essa “pequena” distinção vocabular não pode ser entendida como opção semântica ou estilística, pois se reflete na forma como deve ser conduzido processo até esse momento da atividade de demarcação. Se os atos mencionados no art. 11 fossem preliminares *ao* processo, como cogitado acima, não haveria razão para se observar o contraditório e a ampla defesa, de modo que se dispensaria a convocação pessoal (e não meramente editalícia) dos interessados. Foi esse o entendimento do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, no que foi acompanhado pelas Ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

Contudo, a divergência foi inaugurada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto, que entendeu que a fase de convocação, prevista no art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, é, sim,

integrante do processo administrativo, sendo a providência que intenta integrar os interessados ao feito e, por isso, que se destina a realizar os direitos constitucionais destes ao contraditório e à ampla defesa (STF, 2011, p. 49).

Acompanharam essa divergência os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Cezar Peluso e Luiz Fux.

É necessário asseverar que a questão principal debatida dizia respeito à forma como se deveria suceder a convocação dos interessados no processo, se por edital ou pessoalmente, no que restou asseverado que a mera intimação editalícia representa afronta à Constituição, sendo a referida decisão foi assim ementada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 11 DO DECRETO-LEI 9.760/1946, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.481/2007. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OCORRÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. I – Ofende as garantias do contraditório e da ampla defesa o convite aos interessados, por meio de edital, para subsidiar a Administração na demarcação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831, uma vez que o cumprimento do devido processo legal pressupõe a intimação pessoal. II – Medida cautelar deferida, vencido o Relator.

(ADI 4264 MC, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2011, DJe-102 DIVULG 27-05-2011 PUBLIC 30-05-2011)

Mas a decisão do Supremo Tribunal Federal, além de determinar a forma como deveria se fazer a intimação, terminou por fixar outra importante premissa: a compreensão de que, na fase a que alude o art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, já há processo administrativo de demarcação e, por conseguinte, devem ser observados os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, como consectários da cláusula protetiva do devido processo legal. Por conseguinte, a medida cautelar deferida na ADI 4264-MC/PE viabilizou a integração dos interessados ao feito, antes do início dos trabalhos de determinação da posição da LPM/1831. Com isso, é viabilizado aos interessados analisar se foram adotadas todas as providências determinadas pela lei, como a publicação do ato de constituição válido da comissão de demarcação, a identificação do trecho do litoral a ser demarcado, etc.

Mas o mais importante foi o efeito de permitir que os interessados possam efetivamente contribuir para realização dos trabalhos de determinação da posição da mencionada LPM/1831, o que não se verificaria se o único momento de convocação ocorresse na fase a que alude o art. 13 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, após homologada a posição da linha por ato do chefe local da unidade de representação da SPU. Se diferente se fizesse, o que se teria era a conclusão fática da atividade de demarcação, com a efetiva “arrecadação” dos bens em favor da União, como bem observaram os Ministros Gilmar Mendes e Carlos Ayres

Britto (STF, 2011, p. 49), e somente após isso os interessados seriam intimados na forma do art. 13 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, que neste caso também estabelece o edital como forma de comunicação.

E não se deve perder de vista qual seja uma das consequências dessa “arrecadação”, como também foi pontuada pelo Ministro Gilmar Mendes: a desconstituição dos atos (títulos) que antes favoreciam aos particulares.

No julgamento da ADI 4264-MC/PE também foi questionada a natureza do ato de comunicação destinado aos interessados. Embora o Ministro Relator Ricardo Lewandowski tenha aceitado a tese da União, no sentido de que se trata de um mero convite, outros Ministros a rejeitaram e perceberam que, o que a lei chama impropriamente de “convite”, trata-se, na verdade, de ato de chamamento ao processo, pois tem por finalidade dar ciência de sua tramitação, viabilizando, por conseguinte, que nele sejam exercidos o contraditório a ampla defesa. Disso resulta que esse ato de chamamento deve também observar certos requisitos sem os quais não pode ser considerado válido. Contudo, o Decreto-lei n.º 9.760/1946 não aponta quais seriam essas formalidades, sendo que, além dessa omissão, denomina impropriamente de mero “convite” aquele ato de chamamento. Nada obstante, a questão se encontra contemplada adequadamente na Lei n.º 9.784/1999, que estabelece qual seja a forma de designação adequada deste ato, qual seja, a intimação, além de indicar quais são os seus requisitos.

A Lei n.º 9.784/1999, em seu art. 3.º, inciso II, afirma que é direito dos administrados ter ciência sobre a tramitação de processos que lhes interessam, orientação que é reforçada também pelo art. 28, que diz: “Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse”.

No seu art. 26, a mesma lei estabelece as condições de validade dos atos de intimação destinados aos interessados, sendo que destas tem especial relevância a indicação da finalidade da intimação (inciso II), bem como dos fatos e fundamentos jurídicos. A intimação deve se prestar a cientificar o interessado do andamento do processo, bem como das consequências jurídicas potencialmente advindas da decisão a ser nele proferida ao final. Sem que sejam atendidos esses requisitos, é imperioso se reconhecer a nulidade da intimação, pois imprestável ao fim a que se deveria destinar.

Também entrou em pauta, embora não tenha repercutido como deveria, a questão dos interesses difusos decorrentes das atividades de demarcação. Como pontuado pelo Ministro Carlos Ayres Britto (STF, 2011, p. 48), a identificação dos imóveis como terrenos de marinha



termina por repercutir em diversos setores da economia, como a atividade imobiliária e a construção civil. E de fato que a atividade demarcatória não interessa apenas aos ocupantes das áreas que, depois da conclusão processo respectivo, serão identificadas como terrenos de marinha. Várias atividades econômicas também sofrem os reflexos dessa demarcação<sup>249</sup>, de modo que se deve reconhecer a necessidade de integrar a sociedade no desenvolvimento dos processos da espécie, notadamente pelo fato de que a Constituição de 1988 prestigia a participação popular nas decisões estatais como forma de legitimação democrática da atuação administrativa.

Sobre o tema, o magistério de Sarlet (2012, p. 197) é oportuno:

No contexto da Constituição Federal de 1988, que agasalhou importantes instrumentos de participação direta da população no processo político-decisório (tais como plebiscito, o referendun e a iniciativa popular legislativa), a valorização da assim designada dimensão organizatória e procedimento (também democrático-participativa) dos direitos fundamentais passa a ser uma tarefa primordial do Estado brasileiro. Nesta perspectiva, registre-se – como bem sustentado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira - a necessidade de investir na noção de um ‘processo cooperativo’, portanto, pautado por um permanente diálogo intersubjetivo entre as partes e o Juiz e, quando for o caso, com outros agentes intervenientes.

Para tanto, a despeito do silêncio da norma especial, a União já dispõe dos instrumentos legais aptos a propiciar a realização do comando constitucional, no sentido de impregnar com os valores democráticos a atuação dos seus órgãos. A propósito, a Lei n.º 9.784/1999, em seu art. 9.º, inciso II, já determina que, por interessado, deve-se compreender todo aquele que tenha direito ou interesse suscetível de ser afetado pela decisão proferida em um processo. A lei não limita essa condição somente àqueles que tenham direitos ou interesses *individuais* ou *coletivos stricto sensu*, tanto que o inciso IV do mesmo artigo faz expressa referência às pessoas e organizações que tenham interesses difusos nas questões debatidas em determinado processo. Destarte, a percepção de que há outros interesses e direitos relacionados à atividade de demarcação, que não afeta apenas aqueles ocupantes dos espaços demarcados, deveria conduzir a União à utilização dos mecanismos de legitimação também previstos na Lei n.º 9.784/1999, como as consultas e as audiências públicas.

Ainda sobre a questão da integração da sociedade no desenvolvimento da atividade de demarcação dos terrenos de marinha, é importante frisar que a realização desse desígnio dispensa a alteração formal das disposições constantes no art. 11, do Decreto-lei n.º

---

<sup>249</sup> Sobre o tema as pesquisas e estudos, quando existentes, são pontuais. Ele será, contudo, objeto da pesquisa de doutorado a ser desenvolvida a partir de março de 2015, no âmbito do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Meio Ambiente, da Universidade Federal de Sergipe, sob a orientação da Professora Doutora Gicélia Mendes, e co-orientação da Professora Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa.

9.760/1946, como propôs a União no Projeto de Lei n.º 5.627/2013, alcunhado no âmbito da SPU de projeto “alíquotas mais justas”, que é de iniciativa do Poder Executivo.

O referido projeto pretende a alteração do art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, para o fim de incluir a previsão de realização de pelo menos duas audiências públicas em cada um dos municípios abrangidos pela demarcação. Mas como já foi dito, essa alteração é completamente desnecessária, uma vez que a Lei Geral de Processo Administrativo, a de n.º 9.784/1999, já contempla a previsão de consultas e audiências públicas.

A bem da verdade, o que pretende o Executivo com a alteração do art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, é resolver o velho “problema” da convocação pessoal dos interessados no processo de demarcação, providência que ainda hoje, por força da Decisão do STF na ADI 4264-MC/PE, é medida indispensável ao desenvolvimento regular do aludido processo.

Importante a transcrição do texto proposto pelo Projeto n.º 5.627/2013 (“alíquotas mais justas”) para o art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946:

Art. 11. Antes de dar início aos trabalhos demarcatórios e com o objetivo de contribuir para sua efetivação, a Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão realizará audiência pública, preferencialmente, na Câmara de Vereadores do Município ou dos Municípios onde estiver situado o trecho a ser demarcado.

§ 1º Na audiência pública, além de colher plantas, documentos e outros elementos relativos aos terrenos compreendidos no trecho a ser demarcado, a Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão apresentará à população interessada informações e esclarecimentos sobre o procedimento demarcatório.

§ 2º A Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão fará o convite para a audiência pública, por meio de publicação em jornal de grande circulação nos Municípios abrangidos pelo trecho a ser demarcado e no Diário Oficial da União, com antecedência mínima de trinta dias da data de sua realização.

§ 3º A Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão notificará o Município para que apresente os documentos e plantas que possuir relativos ao trecho a ser demarcado, com antecedência mínima de trinta dias da data da realização da audiência pública a que se refere o caput.”

§ 4º Serão realizadas pelo menos duas audiências públicas em cada Município situado no trecho a ser demarcado cuja população seja superior a cem mil habitantes, de acordo com o último censo oficial.” (NR)

Pelo que se percebe, em troca da realização de duas audiências públicas, a União, ou melhor, o Poder Executivo (o projeto ainda não foi aprovado, e se espera que, quanto a este aspecto, não venha a ser) quer a exclusão da garantia da convocação pessoal, no início do processo, daqueles que ostentam a condição de interessados.

E diga-se mais. O aludido projeto quer, também, fazer vingar a tese, não colhida no julgamento da ADI 4264-MC/PE, no sentido que existe um “pré-processo”, o que dispensaria,

por conseguinte, a adoção de providências tendentes a assegurar a participação dos futuros interessados (mas que ainda não o seriam, pois não haveria processo, pelo que entende o Executivo autor da proposta).

Note-se que a redação proposta para o art. 11 prevê que, “*antes de dar início aos trabalhos demarcatórios*”, promoverá a realização de audiências públicas. Então, não se poderia invocar qualquer nulidade relativa à ausência de convocação pessoal dos interessados, que se deseja abolir no início do processo, pois se pretende fixar o entendimento de que ali ainda não se teria processo propriamente dito: “são apenas consultas prévias, pois o início dos trabalhos ainda não ocorreu.” Certamente seria esse o discurso dos defensores dessa tese.

Mas ocorre que, se não se admitir que a providência a que alude a redação proposta para o art. 11 é fase integrante (e não antecedente) do processo de demarcação, então se concluirá que a atividade em questão será realizada de forma inquisitorial, sem processo algum. Em outros termos: abolir-se-á o caráter processual da atividade de determinação da posição da LPM/1831.

Não há exagero na conclusão acima aduzida, nem se trata de mera ilação. Explica-se.

Se aprovada a redação desejada para o art. 11, vingará a tese de que as atividades realizadas em decorrência desse dispositivo legal não se constituem em fase do processo, ou seja, seriam apenas providências preliminares a este feito. Se assim for entendido, então o itinerário da atividade até a demarcação da posição da LPM/1831 não terá disciplina legal. Isso pelo fato de que a redação proposta para o art. 12, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, já se destina a tratar da providência que, em tese, deveria ultimar a atividade demarcação, ou seja, a decisão do chefe local da SPU que determina a posição da LPM/1831.

É oportuno, também aqui, fazer-se a transcrição da proposta de nova redação para o art. 12 do Decreto-lei n.º 9.760/1946:

Art. 12. Após a realização dos trabalhos técnicos que se fizerem necessários, o Superintendente do Patrimônio da União nos Estados e no Distrito Federal determinará a posição da linha demarcatória por despacho.” (NR)

Constata-se que os tais “trabalhos técnicos que se fizerem necessários” serão realizados em uma fase que não aparece na norma legal que disciplina a atividade. Haverá, portanto, um vácuo no regramento do processo, pois a disciplina legal contempla “o antes” (art. 11) e menciona qual será o seu ato final (art. 12), nada aludindo acerca do começo do processo, muito menos dos atos que devem ser realizados até a decisão de determinação da posição da LPM/1831.

Onde fica, então o contraditório e a ampla defesa? Em lugar algum do itinerário até a decisão nele proferida!! Sim, em lugar algum, pois a manifestação que será facultada após a determinação da posição da LPM/1831 tem natureza de recurso, e não de participação no processo. Ou seja, os interessados somente serão comunicados da decisão que *já* determinou a posição da LPM, tal como se vê da redação proposta para os *caputs* dos arts. 12-A e 12-B:

“Art. 12-A. A Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão fará a notificação pessoal dos interessados certos alcançados pelo traçado da linha demarcatória para, no prazo de sessenta dias, oferecerem quaisquer impugnações.

(...)

Art. 12-B. A Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão fará a notificação por edital, por meio de publicação em jornal de grande circulação no local do trecho demarcado e no Diário Oficial da União, dos interessados incertos alcançados pelo traçado da linha demarcatória para, no prazo de sessenta dias, apresentarem quaisquer impugnações, que poderão ser dotadas de efeito suspensivo nos termos do parágrafo único do art. 61 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.”

E nem se cogite afirmar que se permitirá um “contraditório diferido”, pois em primeiro lugar que aqui não se trata de “antecipação de tutela” não exauriente. A decisão já foi proferida e, em razão disso, a natureza da tal impugnação é, como já dito, de recurso. É bem verdade que se faculta à autoridade, que *já* determinou a posição da LPM/1831, exercer um juízo de retração, mas isso não modifica sua natureza recursal. Tanto é assim que a redação proposta para o próprio art. 13, bem como para o art. 14, qualificam os autores das impugnações como “recorrentes”.

O resumo da ópera que se propõe é o seguinte: o art. 11 prevê uma medida preliminar ao processo; o art. 12 prevê a medida última do processo; o art. 13 a faculdade de impugnar (recorrer); e o art. 14, finalmente, a decisão da SPU quanto ao recurso. E disso se conclui que a pretensão do projeto é que a lei não traga qualquer previsão sobre as garantias dos particulares “durante” o processo, ou seja, entre o seu começo, que pela tese do Executivo não se daria na fase do art.11, e a decisão de determinação da posição da LPM/831, prevista no art. 12.

O que se quer, pois, é abolir da lei os direitos fundamentais processuais dos interessados no processo de demarcação dos terrenos de marinha, em especial o contraditório e a ampla defesa, o que é peremptoriamente defeso ao legislador ordinário. Com isso, toda a regulação das questões processuais ficará a cargo de regulação a ser expedida no âmbito da própria SPU, tal como hoje se dá com a Instrução Normativa n.º 002/2001 e a Orientação Normativa GEADE n.º 002/2001.

Que as alíquotas propostas pelo Projeto n.º 5.627/2013 são, de fato, mais justas que as atuais, disso não há dúvida. Contudo, o mesmo não se pode dizer das alterações pretendidas para o processo de demarcação, que ficará completamente esvaziado e se tornará imprestável para o fim de garantir os direitos fundamentais de todos aqueles que são efetivamente atingidos com os efeitos da atividade demarcatória dos terrenos de marinha.

Espera-se, pois, que o Congresso Nacional tenha a percepção de que a alteração proposta pelo Executivo, quanto ao art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, é nociva à sociedade, e promova, por esse motivo, sua imperiosa rejeição, já que representa flagrante violação aos direitos fundamentais processuais dos indivíduos, em especial aos do contraditório e da ampla defesa.

Em todo caso, ainda que resulte aprovada a mencionada proposta, certamente o Poder Judiciário reconhecerá sua evidente inconstitucionalidade.

É manifesto que o propósito da União é diminuir o “trabalho” e os “custos” com o desenvolvimento do processo de demarcação. Todavia, a pretendida economia não se verificará efetivamente, pois o trabalho que não será desenvolvimento pela SPU, certamente o será no âmbito da AGU, bem como da Justiça Federal, na medida em que essas impropriedades serão fatalmente questionadas judicialmente.

Decerto que se imaginou uma “solução” para os problemas dos “custos” e da “demora” do processo legal de demarcação, mas não se cogitou a hipótese de que alguém, um dia, pudesse perceber que, disfarçado em um projeto batizado com um belo nome (“alíquotas mais justas”), pudesse estar camuflada uma injustiça semelhante à que já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão proferida na ADI 4264-MC/PE, bem como por todas as instâncias do Poder Judiciário.

O processo de demarcação dos terrenos de marinha, deveria entender a União, é um instrumento que não apenas lhe interessa (ou desinteressa, já que quer esvaziá-lo), mas que também, e sobretudo, destina-se a resguardar os direitos dos indivíduos que podem ser injustamente atingidos pela atividade demarcatória, acaso a SPU se afaste das prescrições constitucionais e legais.

### **3.5. Da determinação da posição da LPM.**

Antes de tudo, importante consignar que a estrutura de desenvolvimento do presente texto não ignorou a ordem dos artigos estabelecida no Decreto-lei n.º 9.760/1946, ao tratar primeiramente da providência mencionada no art. 11 (convocação dos interessados) antes

mesmo daquela a que se refere o art. 10 (determinação da posição da LPM). Na verdade, a disposição dos tópicos desta pesquisa observou a lógica estabelecida para a sucessão dos atos do procedimento, a qual não foi observada pela ordem numérica dos artigos do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

O rito estabelecido no referido diploma se inicia com sua instauração e convocação dos interessados, para somente após isso ser realizada a atividade de determinação da posição da LPM. Essa sequência se extrai da interpretação sistemática dos arts. 10 e 11 do referido diploma legal, já que neste último artigo se estabelece que a convocação dos interessados se destinará a convidá-los para contribuir com os subsídios dos trabalhos de determinação da posição da LPM/1831. Logo, há de se concluir que tal convocação (art. 11) precede necessariamente à determinação da posição desta linha (art. 10).

Feitos esses esclarecimentos, impõe-se prosseguir com a análise da fase de determinação da posição da LPM, que sucede logicamente à de convocação dos interessados.

### **3.5.1. A interpretação dada pela União aos artigos 9.º e 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946.**

As disposições que se referem à determinação da posição da LPM/1831 constam nos arts. 9.º e 10 do Decreto-lei n.º 9.784/1946, de modo que este tópico da presente pesquisa se limitará à análise desses artigos.

Antes de se prosseguir com a exposição de qual é a interpretação dada pela União aos mencionados dispositivos, oportuno transcrevê-los na íntegra, a fim de facilitar o cotejo do que consta no seu texto normativo, com a exegese praticada por aquele órgão. A redação dos artigos 9.º e 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946 é a seguinte:

Art. 9º É da competência do Serviço do Patrimônio da União (S.P.U.) a determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias.

Art. 10. A determinação será feita à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável, relativos àquele ano, ou, quando não obtidos, a época que do mesmo se aproxime.

O art. 9.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946 dispõe acerca da competência para promover a determinação da posição da LPM/1831, que foi outorgada ao Serviço do Patrimônio da União, órgão que atualmente se denomina Secretaria do Patrimônio da União (SPU). Além disso, o citado dispositivo confirma a referência temporal estabelecida no art. 2.º do referido

diploma legal, reiterando o comando de adoção do ano de 1831 como paradigma para determinação da posição da LPM/1831.

O art. 10, por sua vez, estabelece que a SPU promoverá essa determinação a partir de “documentos e plantas de autenticidade irrecusável” referentes ao ano de 1831, ou, na impossibilidade de obtê-los em relação a este ano, de elementos correspondentes à época que mais se aproxime de 1831. É principalmente em relação ao significado da parte final desse artigo que se verificam as mais graves impropriedades cometidas na atividade de demarcação pela SPU.

A interpretação da SPU em relação ao disposto no art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946 é apresentada pelo item 4.8.2 da Orientação Normativa (ON) da então Gerência de Área de Cadastramento e Demarcação (GEADE)<sup>250</sup> n.º 002/2001, instrumento que disciplina a atividade demarcatória no âmbito da SPU e que diz o seguinte: “A cota da preamar média é a média aritmética das máximas marés mensais, ocorrida no ano de 1831 ou no ano que mais se aproxime de 1831”. Vê-se, pois, que a determinação da cota<sup>251</sup> pode ser feita, pelo que crê a SPU, em relação a 1831, ou ao ano que mais deste se aproximar. Isso em razão de que a posição da LPM somente teria como referência o ano de 1831 quando a SPU, para as atividades de demarcação, dispusesse de “documentos e plantas de autenticidade irrecusável” relativos àquele ano. De outro modo, não dispondo desses documentos, serviriam para tanto os de quaisquer outros anos, dando-se preferência aos mais próximos a 1831. Significa dizer, por exemplo, que se não houver documentos referentes a 1831, mas existindo de 1950, dever-se-ia traçar a LPM/1831(?), utilizando-se esses elementos de 1950.

O entendimento da SPU conduziria, em termos práticos, ao traçado de uma LPM/1831 que, na verdade, poder ser uma “LPM/1850”, “LPM/1950”, LPM/2000, LPM/2014, etc, a depender dos documentos e outros elementos que estejam disponíveis no momento da determinação da posição da LPM para o trecho a ser demarcado. Entende a SPU, destarte, que a impossibilidade de localizar efetivamente a posição da LPM relativa ao ano de 1831, autorizaria que os terrenos de marinha fossem demarcados a partir de linhas de preamar de quaisquer outras épocas, embora sempre preferindo as que mais se aproximem daquele ano. Portanto, o que importa à SPU, por esta exegese, é que se promova efetivamente a

<sup>250</sup> A designação atual do setor a SPU que é responsável pela coordenação dos trabalhos de demarcação dos terrenos de marinha é o Departamento de Caracterização do Patrimônio – DECAP.

<sup>251</sup> Segundo o Dicionário Priberam (<http://www.priberam.pt/dlpo/cota>), cota significa a “indicação do nível de um ponto em relação a um plano de comparação.” No caso específico, seria a referência de altura da média da preamares.

demarcação dos terrenos de marinha, que não podem deixar de ser identificados, mesmo que não estejam onde determinam os artigos 2.º e 9.º Decreto-lei n.º 9.760/1946.

Mas pode ocorrer uma situação em que existem elementos relativos ao ano de 1831, mas que evidenciem a conclusão de que, naquele trecho onde deveriam ser demarcados os terrenos de marinha, a posição da LPM/1831 se encontra parcial ou completamente submersa, do mesmo modo que a faixa de 33,00 metros correspondentes aos terrenos de marinha. Para essa hipótese, diante da ausência de disposição legal que ofereça solução para o problema da inexistência (ainda que parcial) de terrenos de marinha no trecho em questão, o item 4.8.12 da mesma ON GEADE n.º 002/2001 apresenta a seguinte resolução: “abstrair o avanço do mar”<sup>252</sup>. O referido dispositivo infrarregulamentar autoriza que a SPU, após constatar que a LPM relativa ao ano de 1831 esteja submersa, promova o “deslocamento” da posição da LPM (que não será, então, a relativa ao ano de 1831), de modo que, depois desse “ajuste”, tal marco espacial coincida com o “batente das ondas”, ou seja, com faixa de limite das máximas preamares atuais. Cria-se, então, uma “nova” faixa de terrenos de marinha, ainda que em desconformidade com o que dispõem os arts. 2.º e 9.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

Essa prática da SPU é orientada pela “premissa” constante no item 4.6.1.1 da GEADE n.º 002/2001, no sentido de que os terrenos de marinha devem ser sempre “terrenos enxutos”.

Pelo que se viu neste tópico, a atividade demarcatória que incumbe à SPU é desenvolvida a partir de três hipóteses de interpretação para o art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, cuja escolha dependerá da disponibilidade de subsídios documentais para a definição da referência temporal da LPM, bem como do histórico de movimento das marés no trecho que será objeto da demarcação.

A primeira dessas possibilidades interpretativas corresponde àquela em que a SPU, para promover a determinação da posição da LPM, realiza essa tarefa “à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável” relativos ao ano de 1831, tomando com referência o ano de 1831, que é aquele expressamente determinado nos arts. 2.º e 9.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

A segunda se verificará quando a SPU não dispuser de documentos ou plantas que correspondam àquele ano. Nesse caso, entende o referido órgão que a parte final do art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946 autoriza que a demarcação da LPM utilize a medição de preamares

---

<sup>252</sup> O item 4.6.12 da ON GEADE n.º 002/2001 tem a seguinte redação: “Na constatação da existência de avanço dos mares ocorrido após 1831, tomar-se-á como linha básica para a demarcação da LPM a linha que coincidir com o batente das ondas, abstraindo-se os referidos avanços.”



de ano diverso de 1831, ou seja, de ano que mais dele se aproxime (item 4.8.2 da GEADE n.º 002/2001).

Por fim, na hipótese de constatar que LPM/1831 se encontra situada em área já submersa em razão do avanço do mar, a SPU promoverá o deslocamento da LPM para que esta coincida com o “batente das ondas”, ou seja, a preamar atual, a fim de que os terrenos de marinha demarcados sejam sempre “enxutos”, como prescrito nos itens 4.6.1.1 e 4.8.12 da ON GEADE n.º 002/2001.

Além das questões relativas ao marco espacial e à referência temporal utilizada pela SPU para determinar a posição da LPM, é preciso também considerar a forma como é promovido o cálculo das médias das preamares. A propósito, essa questão é disciplinada no âmbito da SPU pela Instrução Normativa n.º 002/2001, em especial pelo §2.º do art. 2.º, cujo teor é o seguinte:

§ 2º Na determinação da cota básica relativa à preamar média de 1831, deverão ser consideradas a média aritmética das máximas marés mensais (marés de sizígia) daquele ano, ou do que mais dele se aproximar, utilizando-se os dados da estação maregráfica mais próxima constante das tábuas de marés, publicadas pela Diretoria de Hidrografia e Navegação do Comando da Marinha (DHN).

Pelo que se extrai do referido ato administrativo, apenas as máximas preamares mensais (marés de sizígia) do ano de 1831, ou de outro que dele mais se aproximar, deverão ser consideradas para fins de obtenção da média das preamares, a partir da qual se determinará a posição da LPM.

Diante do que foi aduzido, necessário se promover a análise dessas três hipóteses interpretativas do art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, bem como da sistemática adotada pela SPU para realizar o cálculo da média das preamares.

#### **a) A determinação da LPM à vista de elementos relativos a 1831.**

A primeira hipótese utilizada pela SPU para a determinação da posição da LPM/1831 leva em conta a expressão literal da parte inicial do art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, que prescreve que essa atividade deve ser desenvolvida “à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável” referentes a 1831. Assim procedendo, o referido órgão estaria atuando com observância ao que preceitua o art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946, no que concerne à *referência temporal* estabelecida como elemento nuclear do conceito de terreno de marinha.

Constata-se, então, que essa primeira hipótese interpretativa contempla corretamente a única e insubstituível referência temporal do conceito legal de terreno de marinha, que é o ano de 1831. Não há, portanto, ressalvas a serem feitas à conduta da SPU, quando estritamente orientada por essa premissa interpretativa.

**b) A determinação da LPM à vista de elementos relativos a ano que mais se aproxime de 1831: o primeiro equívoco interpretativo.**

As impropriedades interpretativas referentes à atividade de determinação da posição da LPM, começam a se verificar quando não existem “documentos e plantas de autenticidade irrecusável” relativos a 1831. Nesse caso, entende a SPU que pode utilizar qualquer outra referência temporal para tal determinação, desde que essa seja realizada à vista dos elementos de que dispuser no momento da demarcação, não importando a que ano estes se refiram, desde que dê preferência aos documentos relativos ao ano que mais se aproxime de 1831. A título de exemplificação, se das diligências empreendidas pela SPU forem colhidos subsídios relativos aos anos de 1900 e 1850, este último, por ser mais próximo a 1831, deverá ser adotado como referência para determinação da posição da LPM. Essa conduta da SPU teria com suposto fundamento na parte final do disposto no art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, ao mencionar que “A determinação será feita à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável, relativos àquele ano, *ou, quando não obtidos, a época que do mesmo se aproxime.*”

Há nessa conclusão da SPU equívocos de diversas ordens, não se sustentando em qualquer exercício adequado de hermenêutica.

Recorrendo-se ao método gramatical, é manifesto que o significado literal do dispositivo legal em análise não cogita promover a alteração do ano de referência para determinação da posição da LPM. O texto normativo apenas se refere aos elementos de investigação que podem ser utilizados como referência para esse propósito, ou seja, aqueles que poderão orientar as investigações iniciais da SPU, a fim de viabilizar que se chegue à posição da LPM correspondente ao ano 1831. Em momento algum esse dispositivo autoriza a determinação de uma linha relativa a outros anos, pois isso significaria o afastamento dos elementos essenciais do conceito de terrenos de marinha estabelecidos nos art. 2.º e 9.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946, que não podem ser esquecidos em uma interpretação isolada apenas da parte final do art. 10.

Descabido, também, o argumento de que uma interpretação histórica, atenta à “vontade do legislador”, chancelaria a prática de utilizar outra referência temporal para a determinação da LPM/1831. Neste sentido, poderia se afirmar que, ante a inexistência de plantas ou documentos relativos àquele ano, não haveria como determinar com precisão a posição da LPM relativa àquele ano, o que autorizaria o traçado de uma LPM/1831(?) com referência a ano diverso de 1831.

Na prática, se quis o legislador de 1946 autorizar que se traçasse uma LPM/1831 que levasse em conta qualquer outro ano (o que por si só já é um contrassenso), bastando para isso apenas que a SPU não conseguisse (ou não se esforçasse para conseguir) documentos relativos ao ano de 1831, estaria ele dizendo a todos os proprietários dos terrenos alodiais: se a SPU não conseguir localizar onde fica a LPM de 1831, poderá traçar uma linha relativa a qualquer outro ano, desde que ela encontre documentos relativos a este, ainda que isso faça com que a nova LPM aponte bens alodiais como terrenos de marinha.

Ainda que se admita essa possibilidade interpretativa (aqui mencionada apenas para fins de argumentação), ou seja, mesmo considerando a hipótese de o legislador ter intencionado autorizar a demarcação de terrenos de marinha tendo como referência temporal outros anos (1850, 1900, 2000, 2015, etc), ela já não se sustenta mais no atual contexto histórico. Isso em razão de que, com os atuais recursos tecnológicos, e o incremento das ciências que se dedicam ao estudo do tema, é possível se obter a localização, com o grau necessário de segurança, da posição em que deve se encontrar a LPM/1831<sup>253</sup>.

Aliás, dessa possibilidade a SPU tem ciência não de agora, mas já há mais de 55 (cinquenta e cinco) anos, conforme se extrai do conteúdo do voto proferido pelo Conselheiro Francisco Behrendorf Júnior no Processo 252.635-57, julgado pelo Conselho de Terras da União em 9 de outubro de 1959 (1960, p. 482). É oportuna a transcrição de trechos da mencionada decisão:

Inexistindo em 1831 registro e observações regulares de marés na costa do Brasil, somente em 1867, com a divulgação do método de análise harmônica das marés, idealizado por Lord Kelvin, removeram-se as dificuldades técnicas então existentes. Tais observações, mediante o emprego do referido método, já vêm sendo utilizadas há longos anos, para vários pontos ao longo do litoral do Brasil, inclusive no porto de Santos, cumpre ser registrado.

Já em 1920, determinou o Governo fossem pelos Ministérios da Viação e Obras Públicas e da Marinha, através dos seus órgãos especializados, fornecidos todos os estudos já realizados, à proporção que o fossem, referentemente ao levantamento da costa marítima, o mesmo determinando o Governo no tocante a todos os estudos que pudessem facilitar ou interessar o estabelecimento da linha do preamar médio. (Regulamento que acompanhou o Decreto n.º 14.595, de 1920, art. 20).

<sup>253</sup> A propósito do tema, recomenda-se a leitura de LIMA, 2002.

Determinou o Decreto-lei n.º 4.120, de 1942, que a linha do preamar máximo seria determinada, normalmente, pela análise harmônica de longo período baseada em observações contínuas durante 370 dias, e, na falta destas, pela análise de curto período, baseada em observações de, no mínimo, 30 dias consecutivos.

Por outro lado, o *Tide Predictor* permite fazer o cálculo mecânico dos preamares para quaisquer épocas, uma vez conhecidas as constantes harmônicas das principais ondas na constituição da maré, em um porto determinado.

O Departamento Nacional de Portos e Navegação, em 1943, comunicou ao Domínio da União que "já tem calculadas estas constantes para inúmeros pontos da costa, não sendo assim difícil obter no Observatório Nacional, e com o auxílio do *Tide Predictor*, seja reproduzida a curva da maré em qualquer período do ano de 1831 e em cada um desses locais" (Ofício n.O 2.877-43).

(...)

Em 1942, o Ministério da Fazenda já havia exposto ao Exmo. Sr. Presidente da República que não há razão para que se determinem tecnicamente os preamares médio e máximo atuais, e não se faça, também com a mesma técnica e a mesma precisão, a determinação dos de 1831" (E. M. n.o 1. 775-42).

Por outro lado, não existe razão alguma para que não se fixe com a mesma precisão e a mesma técnica a posição da linha do preamar médio de 1831.

Para demonstrar a imprescindibilidade da reconstituição da posição da LPM de 1831, imagine-se que os documentos mais antigos obtidos pela SPU se referissem ao ano de 1950 e que, à vista desses, a SPU tenha traçado a LPM/1831(?) com base na preamar de 1950. Mas se após a determinação da LPM, e com base em documentos igualmente idôneos produzidos a partir de 1950, for feita a constatação de que o nível do mar tem se elevado e avançado em direção ao continente, poder-se-ia concluir que a cota básica, ou seja, a altura das preamares, se elevou, ano após ano, na localidade em que foi determinada da LPM/1831(?) com base em documentos de 1950. Nessa situação hipotética, seria intuitivo afirmar que, em razão da séria histórica de avanço do mar em direção ao continente, a posição correspondente à média das preamares de 1831 esteja mais para o lado do mar (provavelmente encoberta ao menos parcialmente) do que a média das preamares de 1950. Em outros termos, a preamar atual seria mais avançada para o interior do continente do que a de 1950, assim como esta seria também mais avançada em relação à de 1831.

Como resultado dessa sistemática de “abstração” do avanço do mar, ter-se-ia a indevida identificação de terrenos alodiais (de particulares) como sendo de marinha (de propriedade da União, o que representa manifesta violação ao direito fundamental de propriedade).

Para evitar essa situação de ilegalidade e de manifesta violação aos preceitos constitucionais, em vez de simplesmente utilizar como referência a posição da LPM em 1950, como atualmente faz a SPU, nos termos do que dispõe o item 4.8.2 da GEADE n.º 002/2001, seria obrigação deste órgão promover estudos destinados a reconstituir a realidade

de 1831, ou seja, realizar a retrovisão em relação a este ano, que é o único utilizado pela lei como referência temporal para a atividade demarcatória.

A retrovisão, segundo LIMA (2002, p. 69), deve ser realizada em decorrência da inexistência de documentos correspondente às leituras das marés relativas ao ano de 1831. Ela “implica o cálculo da taxa de variação secular na área oceânica que está sendo estudada” (LIMA, 2002, p. 185), o qual indicará qual era a cota da posição da LPM em 1831, permitindo que a determinação seja realizada sem afastamento dos preceitos estabelecidos nos art. 2.º e 9.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

Ao não adotar essas providências, a SPU termina por promover a desconfiguração do instituto dos terrenos de marinha, já que promove a demarcação de áreas terrenos supostamente dessa espécie, mas que são definidos a partir da referência a ano diverso do constante no conceito legal formulado pelo art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

Desse modo, mesmo cogitando (repita-se, o que se faz aqui apenas para fins argumentativos) que a interpretação dada pela SPU à parte final do art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, tenha sido válida sob a vigência de outros textos constitucionais, ela não resistiu à promulgação da Constituição de 1988, seja pelo fato de não mais subsistirem os eventuais entraves técnicos que eventualmente a tenham justificado no passado, mas sobretudo em razão de que representa manifesta violação ao direito fundamental de propriedade, bem como do direito fundamental à segurança jurídica, reconhecido expressamente no *caput* do art. 5.º da Constituição de 1988 (MARINONI e MITIDIERO, 2013, p. 755), e que foi apontado também como princípio regente da Administração Pública pelo art. 2.º da Lei n.º 9.784/1999.

Dispondo acerca desse princípio, Cunha o enuncia como o dever de o governo proteger as pessoas e os bens que legitimamente possuam (2013, p. 144). Deste encargo, contudo, a SPU se afasta na medida em que promove o traçado da LPM com fundamento em premissa interpretativa equivocada, indicando como sendo de marinha terrenos que, na verdade, constituem-se em bens alodiais e que deveriam permanecer livres de quaisquer embaraços.

O mais grave disso é que se trata do próprio Estado que, descuidando-se do compromisso constitucional de assegurar o exercício dos indivíduos, apropria-se de espaços que não lhe pertencem, subtraindo os bens daqueles a quem devia proteção. Como consequência disso, os legítimos proprietários passam à condição de meros ocupantes, tendo seus títulos de domínio desconstituídos, sendo submetidos, ainda, à cobrança de encargos pela utilização dos seus “ex-imóveis”.

É preciso ter claro que, se há dificuldades e limitações técnicas ao desenvolvimento da atividade demarcatória dos terrenos de marinha, não são os cidadãos que devem suportar o ônus da eleição de uma referência temporal tão antiga. Foi a União quem promoveu sua escolha, de modo que eventual impossibilidade de identificação dos terrenos de marinha não pode dar lugar à indevida expropriação do patrimônio dos particulares.

**c) A determinação da LPM/1831 a partir do batente das ondas: a manifesta e consciente impropriedade (ilegalidade e inconstitucionalidade).**

Das impropriedades praticadas pela SPU na demarcação dos terrenos de marinha, a determinação da LPM a partir da “linha que coincidir com o batente das ondas, abstraindo-se os referidos avanços” do mar, é certamente a maior e mais grave. Isso pelo fato de que tal determinação se dá mesmo após (e somente após) se ter ciência de que a posição da LPM/1831 está localizada em área submersa, ou seja, depois de constatado que não mais existem terrenos de marinha em virtude do avanço do mar na localidade. Perceba-se que a própria ON GEADE n.º 002/2001, no início do seu item 4.8.12, afirma que a demarcação nesses termos se dará somente após a constatação do avanço do mar depois de 1831:

“Na constatação da existência de avanço dos mares ocorrido após 1831, tomar-se-á como linha básica para a demarcação da LPM a linha que coincidir com o batente das ondas, abstraindo-se os referidos avanços.”

Não se requer maior esforço para perceber que a determinação da LPM, nesses termos, é manifestamente ilegal, pois se distancia do conceito formulado no art. 2.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, em conduta que representa inequívoca expropriação de bens privados.

Mas o que é mais grave dessa sistemática é o fato de que, diferentemente do que se dá com a possibilidade interpretativa estudada na seção anterior, em que a SPU ao menos imagina que sua conduta estaria amparada no que dispõe a parte final do art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, a atuação da SPU, ao realizar a determinação da LPM a partir da linha do batente das ondas, é destituída de qualquer fundamento legal, sendo baseada unicamente na premissa fixada no item 4.6.1.1 da referida norma infrarregulamentar, no sentido de que os terrenos de marinha devem ser “terrenos enxutos”, bem como no item 4.8.12, que manda “abstrair os avanços do mar”.

Embora soe absurda a idéia de transferência dos terrenos de marinha mais para o interior do continente, é exatamente isso que a Orientação Normativa n.º 002/2001 da SPU determina: abstraia-se o avanço do mar, pois os terrenos de marinha são sempre enxutos!<sup>254</sup>

A afirmação daquela “premissa” é certamente o prenúncio da ilegalidade, pois antes de iniciar a descrição dos procedimentos destinados a determinar a posição da LPM, afirma que esta atividade deverá indicar, ao final, terrenos de marinha que necessariamente estejam em “terra firme”, ou seja, não encobertos pelo mar. Pode-se dizer, assim, que essa possibilidade interpretativa, que resulta no “afastamento” dos terrenos de marinha em direção ao continente, “retirando-os” debaixo das águas do mar, corresponderia à uma interpretação ao estilo “Nilton Santos”<sup>255</sup>. Essa impropriedade, de nítida inspiração Kafkaniana, também foi pontuada pela doutrina pátria, conforme lição de Diógenes Gasparini (2009, p. 940), que apresenta expressa advertência acerca da substituição dos critérios legais pelos procedimentos que ele, generosamente, chama de prática dos “peritos”. Diz ele o seguinte sobre essa questão:

(...) substituem os peritos a linha da preamar média de 1831 pela linha do jundu, caracterizada pelo início de uma vegetação (jundu), sempre existente além das praias e para o interior das terras que com elas confinam.

O critério, a nosso ver, embora resolva na prática os problemas decorrentes da falta de demarcação da faixa dos trinta e três metros, ressent-se de legalidade. A aceitação, pelo Judiciário e pela SPU, não o torna legal. Por ele, não se atende ao prescrito no art. 2.º do Decreto-Lei n. 9.760, de 1946, que exige sejam os trinta e três metros contados da linha da preamar média de 1831, e desconhece-se, por conseguinte, que os requisitos legais para a sua determinação são os registrados no art. 10. Estes são os únicos válidos.

O mesmo alerta quanto à ilegalidade dessa prática foi consignado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 938), ao assinalar que a determinação dos terrenos de marinha de acordo com esse marco físico (batente das ondas ou linha de “jundu”) é dissociada do preceito legal estabelecido no art. 2.º do Decreto-lei 9.760/1946, e reiterado no art. 9.º do mesmo diploma legal.

Também a jurisprudência, embora ainda de forma bastante pontual, já tem denunciado a ilegalidade da prática consagrada pela SPU em sua norma infrarregulamentar, conforme se verifica no Acórdão relatado pelo Eminentíssimo Desembargador Federal Edilson

<sup>254</sup> Identifica-se alguma(s) semelhança(s) com o processo de Josef K.? Certamente que sim!

<sup>255</sup> Nilton Santos, também conhecido como “A Enciclopédia”, foi lateral esquerdo do Botafogo e da Seleção Brasileira. Na campanha do Brasil na Copa do Mundo de 1962, no jogo contra a Espanha pela última rodada da primeira fase, Nilton Santos protagonizou um dos lances mais marcantes do futebol em todos os tempos. Após perceber que seria driblado por Enrique Collar, e na tentativa de impedir o avanço deste em direção ao gol do Brasil, Nilton Santos o derrubou no interior da grande área. Malandro (no bom sentido) como poucos, em vez de alardear qualquer reclamação ou de reagir de forma espalhafatosa, Nilton Santos deu apenas dois “discretos” passos para fora da grande área, enganando o árbitro Sérgio Bustamante, que marcou falta em vez do pênalti devido.

Pereira Nobre Júnior, também Professor Doutor da Universidade Federal de Pernambuco. A transcrição da ementa desse julgado tem o seguinte teor:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARINHA. DEMARCAÇÃO. CRITÉRIO DELIMITADOR. PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO DA LINHA DE TERRENOS DE MARINHA-LTM ADOTADO PELA SPU/GRPU/RN. NULIDADE. INDISCUTÍVEL INTERESSE FISCAL. ADOÇÃO DA LINHA DE PREAMAR ESTABELECID A PARTIR DO ZERO HIDROGRÁFICO. BATENTE DE ONDAS. INEXISTÊNCIA DE TERRENO DE MARINHA NA ÁREA LITIGIOSA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. O art. 2º do Decreto-lei nº 9.760/46 preconiza que são terrenos de marinha aqueles inseridos numa faixa de 33 metros medidos horizontalmente a partir da posição da linha do preamar médio de 1831. 2. É nulo o procedimento de demarcação da linha de terrenos de marinha, fundamentado em regulamento, realizado pela SPU/GRPU/RN, que considera a Linha de Preamar Média resultante da média das marés de sigízia (altas) verificadas não apenas no ano de 1831, mas também nos anos de 1993, 1994, 1995, 1996 e 1998, por carência de respaldo legal. 3. Deverá ser considerado o critério delimitador da linha de preamar estabelecida a partir do zero hidrográfico, obtido com a transposição da cota do mar RN73008 - que é elaborado por critérios técnicos adotados pela Diretoria de Hidrografia e Navegação, órgão da Marinha do Brasil - e consoante o qual não se teria a existência do terreno de marinha na área litigiosa. 4. In casu, baseando-se em três diferentes critérios para delimitar a linha de preamar, o laudo pericial constatou, por duas das técnicas empregadas, quais sejam, a delimitação da linha de preamar estabelecida pelo zero hidrográfico, obtido com a transposição da cota do mar RN73008, e o batente das ondas, a inexistência de parcela territorial pertencente ao patrimônio imobiliário da União. 5. Apelação provida.

(AC N.º 547143/RN; Processo 0004621-40.2007.4.05.8400; Relator: Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior; Data de julgamento: 04/10/2012)

Nada obstante, e a despeito de tais manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, a determinação da LPM a partir do batente das ondas (ou da linha de “jundu”) continua a ser desenvolvida pela SPU sem qualquer expectativa de correção. Ao assim proceder, chancela-se uma prática ilegal que remonta há vários anos, semelhantemente ao que se verifica em relação ao instituto (anti)jurídico da “linha presumida”. O resultado dela é também a indevida expropriação dos bens dos particulares que se encontram localizados nas áreas adjacentes à faixa de praia.

**d) Da utilização das marés sizíguas para o cálculo da média das preamares: a (des)qualificação das médias das preamares.**

Além da indevida utilização de outras referências temporais para determinação da posição da LPM, a SPU também se distancia dos preceitos estabelecidos do art. 2º do Decreto-lei n.º 9.760/1946, ao promover o cálculo da média das preamares utilizando apenas



as marés de sizígia, ou seja, as maiores preamares, como expressamente admitido pelo §2.º, do art. 2.º, da Instrução Normativa n.º 02, de 12 de março de 2001<sup>256</sup>.

De acordo com a definição do dicionário Priberam, “média” significa o meio-termo, aquilo que se situa entre dois extremos. Para preamar, o mesmo dicionário diz que tal expressão representa o nível mais alto das marés, ou seja, a maré cheia, sendo esse também o conceito apresentado pelo Decreto Federal n.º 5.300, de 7 de dezembro de 2004 (que regulamentou o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro).

A partir dessas definições, e atento aos estritos termos do conceito de terreno de marinha apresentado pelo art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946, o que se pode concluir é que a LPM deve ser obtida pela média de todas as preamares do ano de 1831, e não apenas de determinadas preamares. A essa conclusão se chega em razão de que o citado dispositivo não contém qualquer restrição (a) ou eleição de determinadas marés.

Essa questão se apresenta extremamente relevante quando se atenta para o fato de que, mesmo entre as preamares, ou seja, entre as marés cheias, há algumas que são maiores que as outras. Ao longo do período de um ano, sempre haverá significativas variações no nível das preamares, o que decorre notadamente em razão da força de atração da lua e do sol em relação à terra. É o caso das marés de sizígia (ou marés de águas vivas), que ocorrem nos períodos de lua nova e lua cheia, quando se verificam preamares muito altas e, também, baixa-mares muito baixas (MARINHA, p. 229). Diz-se, assim, que as marés de sizíguas tem uma elevada amplitude, ou seja, uma grande variação entre a preamar e a baixa-mar. (MARINHA, p. 237).

Já as marés de quadratura, que ocorrem por ocasião das fases de quarto crescente e quarto minguante da lua, produzirão preamares mais baixas e baixa-mares mais altas, ou seja, terão elas uma pequena amplitude.

Em resumo: no que se refere às preamares (que é o que importa ao tema) as marés de sizígia são o extremo mais elevado das preamares, enquanto que as marés de quadratura são o extremo mais baixo das preamares. Mas ambas, não se olvide, são preamares.

Então, se as marés de sizígia são o extremo mais elevado das preamares, e o conceito legal de terreno de marinha exige que a LPM/1831 seja determinada a partir da média (meio-termo, ponto médio entre um extremo e outro) das preamares, por óbvio que sua obtenção não poderá se dar a partir da utilização apenas das marés de sizígia, ou seja, a maiores preamares,

---

<sup>256</sup> “§ 2º Na determinação da cota básica relativa à preamar média de 1831, deverão ser consideradas a média aritmética das máximas marés mensais (marés de sizígia) daquele ano, ou do que mais dele se aproximar, utilizando-se os dados da estação maregráfica mais próxima constante das tábuas de marés, publicadas pela Diretoria de Hidrografia e Navegação do Comando da Marinha (DHN).”

pois disso resultaria uma cota (altura) muito mais elevada do que a média de todas as preamares. Como consequência dessa média elaborada considerando apenas as máximas preamares, e não todas as preamares do ano de 1831, ter-se-ia o posicionamento da LPM lançada mais para o interior do continente.

Mas é preciso observar que o conceito legal de terreno de marinha foi claro: deve-se obter a média das preamares de 1831, e não apenas de algumas preamares, menos ainda das máximas dentre as preamares, que seriam as de sizíguas. No cálculo prescrito pelo conceito legal devem entrar não somente as máximas preamares (de sizígia), mas todas as preamares, inclusive as menores dessa espécie (de quadratura), de maneira que o seu resultado seja efetivamente um meio-termo entre os dois extremos.

Ao se fazer diferente disso, excluindo-se as marés de quadratura e se elegendo apenas as marés de sizígia, como ostensivamente afirma a Instrução Normativa da SPU n.º 002/2001, termina-se por agregar ao conceito de terreno de marinha um elemento (marés de sizígia ou máximas preamares) estranho à lei e que, o que é mais grave, representa uma alteração substancial na posição da LPM/1831.

Essa ilegalidade também foi expressamente admitida pela SPU quando se manifestou na Apelação Cível n.º 514235/RN – TRF-5.<sup>a</sup> Região, a respeito da forma como promove o cálculo da média das preamares. A seguir, será transcrito trecho do Acórdão proferido na referida Apelação, também relatada pelo Desembargador Federal Edilson Nobre Júnior:

28. Por seu turno, ao contraditar as referidas conclusões do perito oficial que atuou em auxílio do Juízo, a União insistiu no acerto do procedimento de demarcação da Linha de Terrenos de Marinha – LTM - adotado pela SPU/GRPU/RN, por estar fundado no "Relatório Final-Demarcação da LPM Litoral Sul" (fls. 288/291), que diz o seguinte: "A cota básica, em conformidade com o item 4.8 da ON-GEADE-02, foi determinada em função dos valores das máximas mensais das marés de sizígia, para os anos de 1831, 1993, 1994, 1995, 1996 e 1998 para o Porto de Natal/RN, editada pela Diretoria de Hidrografia e Navegação do Ministério da Marinha (DHN).

A SPU, além de confessar expressamente que utiliza outros anos como referência para o cálculo da média da preamar (o que já é ilegal), também afirma que a obtém somente a partir das marés de sizíguas. A determinação da posição da LPM é realizada, nesses termos, não a partir de uma média qualquer, já que considera apenas as maiores preamares do ano, mas de uma média “qualificada”. Na verdade, essa média bem que poderia ser também designada de “desqualificada”, já que contraria manifestamente os preceitos estabelecidos nos arts. 2.º e 9.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946, nos quais não consta qualquer eleição de preamares.

O entendimento de que essa prática é ilegal também é compartilhado pelo Desembargador Federal Edilson Nobre Júnior, como se extrai de outro trecho do voto que proferiu na mesma Apelação Cível n.º 514235/RN :

29. É interessante ilustrar que pesquisando sobre a expressão "marés de sizígia", utilizada pela SPU/GRPU/RN no supracitado excerto do "Relatório Final-Demarcação da LPM Litoral

Sul", descobre-se que se cuida de nomenclatura utilizada para identificar as marés que ocorrem nas luas nova e cheia, quando os efeitos lunares e solares reforçam uns aos outros, produzindo as maiores marés altas e as menores marés baixas.

30. Também é digno de nota que as informações contidas no Relatório de Demarcação em comento permitem antever que não foi considerada apenas a Linha de Preamar Média-LPM de 1831 para delimitação da Linha de Terrenos de Marinha-LTM, tendo sido considerada a Linha de Preamar Média resultante da média das marés de sizígia (altas) registradas em 1831 e nos anos de 1993, 1994, 1995, 1996 e 1998.

31. Acontece que este procedimento não se afigura consentâneo com o Decreto-lei nº 9.760/46, que preconiza: "Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831: a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés. Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano."

32. A legislação em comento, ao disciplinar os imóveis enquadrados como terreno de marinha, é clara ao indicar, dentre estes, tão-somente aqueles que se encontrem inseridos numa faixa de 33 metros medidos horizontalmente a partir da posição da linha do preamar médio de 1831.

33. Não se tem margem, no referido Decreto-lei nº 9.760/46, para a flexibilização desmedida da Linha de Preamar Média-LPM de 1831, a ser tomada como parâmetro para demarcação dos terrenos de marinha, principalmente levando-se em conta avanço extraordinário do nível do mar e/ou influência de níveis de marés observados mais de cem anos depois do referido marco temporal que fora adotado pela legislação como critério para enquadramento dos referidos imóveis como patrimônio público.

34. Desse modo, não pode passar despercebida a carência de alicerce normativo a respaldar o procedimento de demarcação de terrenos de marinha no litoral sul do Rio Grande do Norte, realizado pela SPU/GRU/RN mediante a aferição da Linha de Preamar Média das marés de 1831, 1993, 1994, 1995, 1996 e 1998.

35. Aliás, afigura-se ilegal a própria ON-GEADE-002, aprovada pela Portaria nº 162/2001, do Ministério de Planejamento Orçamento e Gestão, publicada em 21/09/2001, aludida como fundamento jurídico do "Relatório Final-Demarcação da LPM Litoral Sul" acostado às fls. 288/291, por destoar do Decreto-lei nº 9.760/46 que visa a regulamentar, ao definir, no item 4.8.12, que "na constatação da existência de avanço dos mares ocorrido após 1831, tomar-se-á como linha básica para demarcação da LPM a linha que coincidir com o batente das ondas, abstraindo-se os referidos avanços".

36. Sem dúvidas, está a União exorbitando os limites do poder regulamentar ao aprovar, através de Portaria, orientação normativa que estabelece critérios de demarcação de terrenos de marinha não contemplados no Decreto-lei nº 9.760/46, que se limita, em seu art. 9º, a atribuir, à SPU, competência para "determinação da posição das linhas de preamar médio do ano de 1831 e das enchentes ordinárias".

Com essas considerações, pedindo vênias à eminente Relatora, voto para NEGAR PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial.

Na prática, a fórmula aritmética ilegal adotada pela SPU posiciona a LPM mais para o interior do continente, o que termina por beneficiar demasiadamente a União, já que amplia a faixa dos terrenos acrescidos de marinha, que aquela situada entre os terrenos de marinha e o mar, mas que também pertence àquele ente. Assim, a União se afirmará proprietária de imóveis que, caso fosse observada a correta sistemática de cálculo da média das preamares, seriam reconhecidos como alodiais, ou seja, de plena propriedade de particulares.

Mas além de incluir no cálculo da média as preamares tanto marés de sizígias como as de quadratura, é necessário que se considere o conjunto de todas as preamares do ano de 1831, e não apenas de determinado intervalo. Essa necessidade decorre de duas razões primordiais. A primeira delas, já mencionada anteriormente, é que o conceito estabelecido no art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946 não faz qualquer restrição a alguma espécie de preamar, nem muito mesmo limita o número de preamares a serem considerados no cálculo da média. Então, se a lei não limita e, ao mesmo tempo, refere-se ao ano de 1831, é por que prescreve a utilização de todas as preamares. E a segunda razão é exatamente a constatação de que, no intervalo de tempo de um ano, podem ser verificadas grandes variações de preamares, conforme afirmou Reis (1923, P. 311):

As variações anuais manifestam-se por meio das marés solsticiais e das marés equinociais, sendo as maiores marés do ano as que correspondem às de sizígias nas proximidades dos equinócios, quando está a Lua no seu perigeu, próximo ao equador; e as menores as que correspondem às de sizígias nas proximidades dos solstícios, quando está a Lua no seu apogeu, com grande declinação. De modo que são bastante desiguais as 25 marés de sizígias em cada ano.

A adoção do intervalo de um ano, tal como estabelecido no art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946, destinou-se exatamente a evitar que a média das preamares, limitada a período de tempo menor, apontasse resultado eventualmente distorcido em razão dessas ocorrências astronômicas.

### **3.5.2. Uma pausa para reflexão.**

Esse cenário de impropriedades faz surgir inevitavelmente uma indagação: se dessas práticas ilegais decorrem desconstituição de títulos de propriedades dos particulares e a cobrança de encargos dos ocupantes dos “terrenos de marinha”, qual seria a razão pela qual as questões tratadas no presente trabalho ainda não tiveram a repercussão necessária em um debate público mais amplo?

Um dos motivos que explica essa ocorrência é, como mencionado na parte introdutória desta pesquisa, o fato de que a atividade demarcatória demanda o domínio de diversos campos do conhecimento, de modo que a formulação de eventuais questionamentos, quanto às conclusões da SPU, também exige um exame interdisciplinar da questão.

Verifica-se, então, a lógica da divisão de trabalho como um instrumento de dominação, tal como explicado por Bourdieu (2006, p. 212), só que aqui o monopólio se estabelece em favor de quem domina a “técnica de demarcação”. E como consequência desse “hermetismo” da atividade demarcatória, o que se tem é a desqualificação dos argumentos de quem não seja “especialista” na matéria. Assim, a SPU se apropria das técnicas e, como poucos as conhecem, ela se afasta dos preceitos legais sem que seja questionada.

Some-se a isso a invocação, como atributos da sua atuação, dos dogmas da presunção de legitimidade e do suposto interesse em preservar o patrimônio público, este que, pela lógica da “supremacia”, deveria ser prestigiado em detrimento de interesses privados dos particulares.

Outrossim, é recorrente ainda o discurso de que a atividade demarcatória representa também um esforço de proteção ao ambiente costeiro. Ocorre que é falacioso esse argumento. Em primeiro lugar, tendo a CB/1988 instituído um Estado Constitucional, não há como se cancelar qualquer atuação da Administração à margem da lei, ainda que efetivamente se destinasse à proteção do meio ambiente (o que não é o caso). Além dos mais, as práticas ilegais apontadas anteriormente não têm o condão de incrementar os instrumentos de proteção dos ecossistemas litorâneos. Isso em razão de que, pelo que foi visto na Seção 1.10 deste trabalho, a “área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema”, constitui-se na faixa de praia, bem que também é de propriedade da União (independentemente de ser ou não também identificado como terreno de marinha), conforme dispõe o art. 20, inciso IV, da CB/1988. Logo, possuindo o referido espaço costeiro instrumentos próprios de proteção, que são inclusive mais restritivos por se tratar de um bem de uso comum do povo, não há a necessidade de forçar o entendimento conceitual que, ao arrepio da lei e da Constituição de 1988, também não lhe empresta qualquer proteção adicional. E o mesmo se diga em relação às restingas e a outros ecossistemas litorâneos, que igualmente têm os seus instrumentos legais específicos de tutela.

Por fim, a correção do método de determinação da LPM relativa ao ano de 1831 pode evidenciar uma realidade desinteressante para a SPU do ponto de vista arrecadatário: a

possibilidade que a faixa de terrenos de marinha, em razão do avanço do mar que se intensifica a cada ano<sup>257</sup>, esteja submersa em boa parte do litoral brasileiro.

Mas encerrada essa breve pausa para reflexão, impõe-se agora apontar qual a alternativa interpretativa do art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, que se apresenta compatível com as normas constitucionais.

**3.5.3. A correta determinação da posição da LPM: i) a interpretação sistemática dos 2.º, 9.º e 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, em conformidade com a Constituição de 1988; ii) a observância estrita dos elementos nucleares do conceito legal de terreno de marinha.**

As principais impropriedades verificadas na atividade de determinação da posição da LPM decorrem da interpretação isolada e tendenciosa, por isso mesmo equivocada, da parte final do art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, assim como da agregação de determinados elementos ao conceito de terreno de marinha, em desacordo com a definição apresentada no art. 2.º do Decreto-lei 9.760/1946.

Por tudo o que foi apresentado nas seções anteriores, constata-se a imperiosa necessidade de que, para a correta determinação da posição da LPM, deve a SPU se conduzir a partir de uma interpretação sistemática da parte final do art. 10, conjugada ao disposto nos arts. 2.º e 9.º, do Decreto-lei 9.760/1946, sob pena de se afastar dos elementos essenciais do conceito de terrenos de marinha e, com isso, promover a indevida indicação de áreas alodiais como sendo de propriedade da União.

Atento à construção realizada nas seções anteriores, é à disciplina legal que se deve recorrer para a identificação dos elementos nucleares do conceito de terreno de marinha, e não a instrumentos outros expedidos no âmbito da própria SPU. E o ponto de partida para tanto é o art.º 2.º, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, que diz o seguinte: “são terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831.”

Do aludido conceito se extrai um *marco espacial* a partir do qual serão medidos os 33m (trinta e três metros) correspondentes aos terrenos de marinha: a linha correspondente à

<sup>257</sup> Sobre o processo de erosão marinha no litoral brasileiro, Dieter Muehe assevera: “Cabe lembrar que, relativamente ao nível do mar, tem sido considerada uma elevação de pouco mais de 100 m num período de 11.000 anos. Esta elevação resultou numa migração da linha de costa a uma taxa de 7 a 14m/ano correspondente a toda a largura da atual plataforma continental. Esta, no caso brasileiro, apresenta em geral baixa declividade, principalmente nas regiões Norte e Nordeste, implicando em uma resposta à elevação do nível do mar muito ampliada, quando comparado com plataformas de maior declividade.”

média das preamares de 1831. A alusão a esse marco espacial é reiterada no art. 9.º do mesmo diploma legal, que não cogita qualquer outro a partir do qual possa ser iniciada a medição da faixa de terrenos de marinha.

O art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946 também estabelece uma *referência temporal* como integrante do conceito de terreno de marinha, que é o ano de 1831, a qual é reafirmada no art. 9.º do mesmo diploma legal. Do mesmo modo que se verifica em relação ao marco espacial, não há no referido Decreto-lei, ou mesmo em qualquer outro diploma legal, referência a ano diverso de 1831 e que seja passível de utilização para fins de determinação da posição da linha da LPM.

Além do marco espacial e da referência temporal, há ainda outro elemento nuclear no conceito de terreno de marinha, que é a *sistemática de cálculo da média das preamares de 1831*. Embora esse componente não se revele de modo tão evidente como os outros dois citados, ele é tão essencial quanto aqueles para a correta determinação da Linha de Preamar Médio de 1831, uma vez que sua inobservância pode ensejar a distorção no resultado da média das preamares, tendo como consequência a identificação de terrenos alodiais como sendo supostamente de marinha. Para evitar impropriedades da espécie, é necessário que o cálculo da média das preamares seja feito considerando todas as preamares do ano de 1831, inclusive as marés de quadratura, e não somente as de sizígia.

Destarte, a partir de uma interpretação sistemática de todos os dispositivos que disciplinam a atividade de determinação da posição da LPM, e em atenção estrita ao conceito legal de terrenos de marinha, é possível afirmar que a caracterização destes depende da correta conjugação de três elementos nucleares: i) o *marco espacial*, que deverá corresponder sempre à posição da LPM, de onde serão contados os 33 metros para definição da faixa de terrenos de marinha; ii) a *referência temporal*, a qual será inevitavelmente o ano de 1831; iii) a *sistemática de cálculo da média das preamares*, que deverá observar o meio-termo entre os dois extremos (marés de sigízia e marés de quadratura), considerando o conjunto de todas as preamares de 1831.

Afastando-se a atividade de demarcação de quaisquer dos elementos que integram o conceito legal de terrenos de marinha, o que se terá ao final do processo será qualquer coisa, menos bens dessa espécie.

### **3.6. Da limitação ao contraditório e à ampla defesa.**

Da leitura dos artigos do Decreto-lei n.º 9.760/1946 que tratam da atividade demarcatória, verifica-se que o único momento em que se contempla a possibilidade de participação dos interessados é na fase inicial do processo, conforme já foi analisado anteriormente, quando o art. 11 prevê a formalização de um “convite” para que eles possam contribuir com documentos, plantas ou quaisquer outros elementos que se prestem a subsidiar os trabalhos de demarcação. Após isso, a próxima oportunidade de manifestação já será na fase recursal, conforme disposto no art. 13 do referido diploma legal, quando a posição da LPM/1831 já se encontrará determinada pelo chefe local a SPU. Isso significa que todas as atividades desenvolvidas entre esses dois momentos terão caráter inquisitorial, sendo destituídas da bilateralidade que deveria caracterizá-las, já que integrantes de um processo.

Sobre os elementos que constituem o contraditório, Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p. 57) afirmam que seriam eles a informação, ou seja, a ciência quanto à existência do processo e dos atos nele praticados, mas, além disso, também a reação, que seria a possibilidade efetiva de se contrapor às manifestações da parte adversa.

Marinoni e Mitidiero (2013, p. 731), contudo, sustentam que, na contemporaneidade, o contraditório deve compreender a idéia de efetiva participação na decisão do processo, o que estende o alcance dessa garantia inclusive sobre o órgão julgador, que de igual modo deve participar do debate durante o desenvolvimento do itinerário processual, inclusive justificando deliberações quanto às provas e outras questões havidas no feito. Essa nova feição do contraditório se coaduna com o perfil de processo justo desenhado pelo modelo constitucional, assentada na ideia de colaboração com o órgão julgador, que deve ter uma postura de diálogo durante o desenvolvimento do processo, mantendo-se assimétrico apenas no momento de proferir decisão (MITIDIERO, 2011, p. 81).

Mas o que se tem, no processo de demarcação dos terrenos de marinha, é exatamente o oposto disso. Inexiste o diálogo(com) ou efetiva participação da sociedade durante a atividade de demarcação. Prova maior é que, mesmo depois de concluído o relatório de demarcação pela comissão de técnicos designados para esse mister, não se permite que os interessados se manifestem sobre esse documento, passando-se diretamente à fase decisória.

Aqui cabe o registro de que, embora a lei especial do processo não contemple a hipótese de manifestação dos interessados quanto ao aludido relatório, a Lei Geral de Processo Administrativo o faz. Como se afere do disposto no art. 2.º da lei 9.784/1999, o interessado tem o direito à apresentação de alegações finais. Esse comando é reiterado no art.



3.º, bem como no art. 38 do mesmo diploma legal. Como se não bastasse o imperativo constitucional constante no art. 5.º, LV da Constituição de 1988, a Lei n.º 9.784/1999 praticamente “grita nos ouvidos” do administrador que, antes de decidir, deve permitir a manifestação dos interessados quanto à prova produzida.

É oportuno lembrar que o contraditório não é matéria disponível, não comportando qualquer exceção (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2000, p. 57), o que se verifica em razão de que a Constituição, quando consagrou esse direito fundamental processual, não promoveu qualquer ressalva ou restrição. Ao contrário, foi enfática em afirmar que se aplica a qualquer processo, inclusive o administrativo, mesmo que regulado por legislação especial.

O que se disse em relação ao contraditório tem igual aplicação à ampla defesa. Com exceção daquelas contribuições eventualmente ofertadas na fase a que alude o art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, ou seja, antes das atividades de determinação da posição da LPM/1831, não mais se oportuniza aos interessados a participação nas provas que a SPU produz como subsídios à confecção do relatório final de demarcação. Durante o processo são realizadas vistorias, levantamentos cartográficos, entrevistas, etc, sem que se questione os interessados sobre o interesse de participar ou ao menos acompanhar a produção dessas provas.

Mais uma vez há de se fazer referência ao fato de que, a despeito do silêncio da norma especial, a Lei n.º 9.784/1999 também contém regramento quanto a este aspecto. Diz ela, em seu art. 2.º, inciso X, que o interessado tem direito à produção de provas, consignando mais à frente, já no art. 38, que poderá inclusive “requerer diligências e perícias”. Mas bem diferente disso, o processo de demarcação dos terrenos de marinha recebe sua decisão, como prevê o art. 13 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, sem que se faculte aos interessados o mínimo acesso à fase probatória, que é a etapa onde efetivamente se determina a posição da LPM/1831 (ou de outro ano, pois a SPU utiliza, confessadamente, outras referências temporais para a demarcação de suas linhas), a qual será apenas “homologada” pelo despacho do chefe local da SPU.

Ao que tudo indica, a Administração entende que aquelas atividades realizadas entre a instauração do processo e a decisão que homologa o relatório final de demarcação, somente a ela interessam, já que, como senhora de toda a técnica, não haveria utilidade em se realizar qualquer diligência ou prova que pudesse ser requerida pelos interessados. Pelo mesmo motivo estes nada teriam a acrescentar ao relatório final de demarcação, de modo que seria desnecessário facultar-lhes a apresentação de alegações finais.

Contudo, há de se compreender e aceitar que a prova se destina ao processo, e este tem serventia, acima de tudo, como instrumento de garantia dos indivíduos. Não é, portanto, faculdade da Administração decidir ou não se oportuniza o requerimento de prova. Ela bem poderá, em conformidade com o disposto no art. 38, §2.º, da Lei n.º 9.784/1999, deixar de realizar as provas que sejam “ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”, mas para tanto deverá decidir fundamentadamente acerca do requerimento. No entanto, o que não pode a Administração é sonegar aos indivíduos a possibilidade de ao menos requerer a produção de provas, embora a SPU assim proceda em relação aos processos de demarcação dos terrenos de marinha, na medida em que não observa o preceito constitucional decorrente da cláusula de devido processo legal, muito menos as disposições da Lei Geral de Processo Administrativo Federal.

Sendo direito fundamental com assento na Constituição, a violação à ampla defesa se constitui em falta grave, que fulmina de nulidade qualquer processo. E para o bem dos indivíduos, a jurisprudência compartilha desse entendimento, como se vê pelos julgados a seguir referenciados.

E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (INCISOS II E III DO ART. 88 DA LEI Nº 8.666/1993) – ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO “*DUE PROCESS OF LAW*” – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o “*due process of law*”, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. - Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “*due process of law*” (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - Abrangência da cláusula constitucional do “*due process of law*”, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. - O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repare indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. - Mostra-se claramente

lesiva à cláusula constitucional do “*due process*” a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência. (RMS 28517 AgR/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgamento: 25/03/2014; Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe-082, Publicado em 02-05-2014).

Cabe referência a mais um julgado proferido no âmbito do Supremo Federal, no qual fica asseverado que a ampla defesa deve ser exercida antes de proferida a decisão, não sendo sanável a nulidade pela concessão de oportunidade de interpor recurso:

EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, *a fortiori*, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão. (MS 23550, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2001, DJ 31-10-2001)

Mas há de se salientar que, embora grave o problema da limitação ao exercício da ampla defesa, a sua solução não requer qualquer medida de caráter legislativo. Embora fosse desejável que a disciplina legal do processo de demarcação recebesse atualização que a ajustasse aos preceitos constitucionais, bem como às normas gerais estabelecidas na Lei n.º 9.784/1999, seria suficiente que a Administração desse cumprimento às disposições desta

última, que, em muitos aspectos, densificou os direitos fundamentais processuais consagrados na Constituição. Falta, então, somente a vontade de fazer, pois a solução já se encontra positivada na Lei Geral de Processos Administrativos.

### **3.7. A fase decisória: a determinação da posição da LPM/1831 pelo chefe da unidade local da SPU.**

A primeira questão a ser enfrentada aqui é a que diz respeito à natureza do ato que promove a determinação da posição da LPM/1831. Embora o art. 13 do Decreto-lei n.º 9.760/1946 o qualifique como despacho, trata-se de provimento com intensa carga decisória, sendo o único ato de autoridade até então proferido no processo de demarcação. Os que o antecedem, embora imprescindíveis para o escopo de precisar a posição da LPM/1831, são destituídos desde caráter decisório.

Disso resulta que, ao proferir a decisão, o Chefe local da SPU, cargo que atualmente recebe a designação de Superintendente Regional, atua ao mesmo tempo como Estado-Administração e Estado-Julgador. Não se pretende afirmar que seu ato tenha caráter jurisdicional. Longe disso. O que se quer dizer é que, embora represente ele os interesses do ente federativo “União”, estando por isso submetido a um sistema de controle hierárquico, ao proferir sua decisão deve ter claro que ali não atua apenas nesta condição. Há um processo estatal em desenvolvimento, de modo que seu primeiro compromisso é com a correção da atuação do Estado. Assim, em lugar de cogitar agir de forma a privilegiar os interesses patrimoniais da União, deve cuidar de realizar os direitos fundamentais de todos os indivíduos, pois é esse o comando esculpido na Constituição desde o seu preâmbulo, também densificado no art. 1.º da Lei n.º 9.784/1999, que aponta como premissa de qualquer processo administrativo a “proteção dos direitos dos administrados”. E não custa lembrar que essa diretriz foi apontada na Lei de forma a preceder inclusive o cumprimento dos fins da Administração, não se podendo olvidar que essa disposição topográfica teve e tem um sentido de ser.

Destarte, o interesse que deve orientar a decisão a ser proferida quanto à determinação da posição da LPM/1831 é o interesse público primário. Há de se reconhecer que o predicativo aqui empregado é de todo relevante, a fim de evitar eventual confusão com o interesse público secundário, como, por exemplo, o de possuir mais bens ou arrecadar mais.

Sobre essa distinção, Celso Antônio Bandeira de Mello disserta (2013, p. 65-66, 69):

Outrossim, a noção de interesse público, tal como a expusemos, impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isto é, o estado e demais pessoas de Direito Público interno). Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consistem no plexo dos interesses *dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade* (entificada juridicamente no estado), nisto incluído o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, põe-se a nu a circunstância de que *não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado* e demais pessoas de Direito Público.

(...)

Assim, *é de interesse público* que o sujeito que sofrer dano por obra realizada pelo Estado seja cabalmente indenizado, como previsto no art. 37, §6.º do texto constitucional. *É de interesse público* que o desapropriado receba prévia e justa indenização, a teor do que art. 5.º, XXIV, do mesmo diploma. (...) *E é evidente que nisto há proteção ao interesse privado* de quem sofreu a lesão por obra do estado ou de quem foi por ele desapropriado, *de par com a proteção do interesse público obrigado nestas normas*. De resto, tais previsões, como é meridianamente óbvio, foram feitas na Constituição exata e precisamente porque foi considerado de interesse públicos estabelecê-las.”

O interesse público de que fala a lei, portanto, identifica-se com o interesse primário do Estado, e não com os secundários, muito menos com os patrimoniais da União, de um governo, ou de algum(ns) dos seus órgãos ou entidades. Trata-se, assim, da razão pública que deve (ou ao menos deveria) orientar toda e qualquer atuação do Estado, conduzindo-o ao cumprimento dos compromissos estabelecidos na Constituição.

Além desse vetor axiológico, a decisão que determinar a posição da LPM/1831 deverá ser necessariamente motivada, pois a Constituição não admite qualquer decisão administrativa que não o seja. O fundamento dessa conclusão se encontra na análise sistemática do texto constitucional. A propósito, no art. 5.º, LIV, a Lei Maior estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Essa disposição já seria suficiente para concluir pela obrigatoriedade de motivação de toda e qualquer decisão administrativa, em especial a que determina a posição da LPM/1831, em razão da repercussão na esfera patrimonial dos particulares.

A Constituição, entretanto, é ainda mais contundente ao estabelecer, no art. 93, IX, que a validade de um julgamento em processo judicial está peremptoriamente condicionada à existência de fundamentação. Assim, a interpretação sistemática desse inciso, conjugada à disposição contida no já referido art. 5.º, LIV, conduz à conclusão de que a noção de devido processo legal, bem como o ideal de processo justo, colocam a fundamentação como requisito de validade de toda e qualquer decisão a ser proferida pelo gênero “processo”, que foi o instrumento eleito pela Constituição como o mais apto a assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Mas o texto constitucional contém disposição ainda não específica acerca da obrigatoriedade da motivação de todas as decisões administrativas. Diz o art. 93, em seu inciso X, que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública”. Pelo que se vê, não há espaço para se concluir de forma diferente, pois há nessa disposição um comando imperativo, que não contempla qualquer possibilidade de interpretação que desvencilhe o administrador dessa obrigação. É certo que o comando é dirigido aos tribunais, quando do exercício da função administrativa. No entanto, não menos certo é que não há razão para se excluir dessa obrigatoriedade os demais poderes quando igualmente exercerem a função administrativa.

Sobre a motivação como requisito da validade, embora ainda exista quem sustente o contrário, a doutrina mais abalizada aponta para a obrigatoriedade de que toda e qualquer decisão administrativa seja motivada (MELLO, 2013, p. 406; MEDAUAR, 2005, p. 159; DI PIETRO, 2004, p. 204; FERRAZ e DALLARI, 2012, p. 261), sendo o mesmo entendimento da jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça<sup>258</sup>:

RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSO DISCIPLINAR. ATO INAUGURAL. LEGALIDADE. SUSPEIÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE. AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSO PROVIDO  
(...) II - A apreciação, sem a devida motivação, de questão levantada pelo servidor quanto à suspeição do presidente da comissão de processo disciplinar, caracteriza-se como cerceamento de defesa do acusado, ensejando a anulação do processo. (...) IV - A ausência de devida motivação de ato administrativo, especialmente o que indefere a produção de provas, resulta na nulidade desse ato.(...)  
(RMS 19.409/PR, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 309)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR TEMPORÁRIO. REENGAJAMENTO. DISPENSA ANTES DO PRAZO. DISCRICIONARIEDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. 1. Esta Corte perfilha entendimento no sentido da necessidade de motivação do ato administrativo que, embora discricionário, tenha dispensado militar temporário anteriormente ao término de reengajamento concedido por tempo determinado, o que não ocorreu no caso dos autos. 2. Agravo regimental não provido.  
(AgRg no REsp 1343346/PE, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 08/02/2013)

Além do fundamento constitucional para a obrigatoriedade da motivação, há de se considerar que a própria Lei n.º 9.784/1999 consagrou expressamente a motivação como um dos princípios regentes da atuação da Administração Pública, comando que foi reiterado no

<sup>258</sup> No mesmo sentido: MS 9.944/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 157; AgRg no REsp 1280729/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 19/04/2012.

art. 50<sup>259</sup> do mesmo diploma legal. Quanto a este dispositivo, a despeito da controvérsia doutrinária que debate a possibilidade de que determinados atos administrativos não sejam expressamente motivados, o ato que determina a posição da LPM/1831, por se tratar de provimento decisório, corresponde àquelas hipóteses elencadas nos incisos I e II do referido artigo, de modo que não há dúvidas quanto à existência do dever de motivação.

Além de ser expressa, essa motivação haverá de observar os requisitos de clareza e congruência estabelecidos no §1.º, do art. 50, da Lei n.º 9.784/1999. Com isso, não poderá deixar de se pronunciar acerca de todas as questões relevantes ao desate da questão em apreço (JUSTEN FILHO, 2013, p. 380), nem poderá apresentar fundamentos incompatíveis entre si. Ao contrário, há de se estabelecer uma relação de causalidade lógica entre o provimento expedido e os argumentos apresentados como razões de decidir (FERRAZ e DALLARI, 2012, p. 262).

É certo que a decisão quanto à determinação da posição da LPM/1831 poderá aderir aos fundamentos já consignados pela comissão que realizou os trabalhos técnicos, tal como facultado pelo disposto no §1.º, do art. 50 da Lei 9.784/1999. Do mesmo modo, o Superintendente Regional da SPU está também autorizado a apresentar concordância em relação a eventuais manifestações de interessados, caso se encontrem formalmente registradas nos autos do processo. Mas em todo caso deverá justificar a eleição dos fundamentos de sua decisão, notadamente quando houver controvérsia relativa a alguma questão fática, não podendo simplesmente invocar o argumento genérico de que se trate de escolha atende a “razão de interesse público” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 380).

As respostas do tipo “porque sim”<sup>260</sup> ou “só sei que foi assim”<sup>261</sup> só têm utilidade para adquirir determinada marca de cerveja ou para encerrar os questionamentos aos “causos” de Chicó, não podendo o administrador público se valer dessas fórmulas genéricas e evasivas. Quando se trata de proferir decisão no âmbito da Administração Pública, notadamente por haver direitos fundamentais a serem por ela resguardados, “porque sim não é resposta”, o que

---

<sup>259</sup> Carvalho Filho (2013, p. 116) sustenta que nem todo administrativo exige motivação expressa. Como exemplo de ato administrativo que dispensaria motivação, invocando lição de Juarez de Freitas, cita os atos de mero expediente.

<sup>260</sup> Determinada marca de cerveja, há algum tempo, tem realizado forte campanha publicitária para fixar o argumento de que, ao se fazer a opção por ela, não seria necessário apresentar qualquer motivo, por mais irrelevante que fosse. Bastaria, para justificar a escolha do consumidor, dizer “porque sim”. À toda evidência essa lógica que não se aplica às decisões administrativas.

<sup>261</sup> Sempre que apresentava seus “causos” hiperbólicos, Chicó, um dos protagonistas da obra “O auto da Compadecida”, do saudoso Ariano Suassuna, encerrava os eventuais questionamentos sobre a veracidade de suas façanhas com seguinte expressão: “não sei, só sei que foi assim.” Resposta da espécie, por óbvio, não se conforma à obrigação de apresentar motivação para as decisões de processos administrativos. O administrador público, pelo visto, não goza da mesma “credibilidade” de que dispunha Chicó.

é lição elementar na disciplina de processo administrativo, bem como nos episódios do Castelo Rá-tim-bum<sup>262</sup>.

E sobre essa questão a jurisprudência também é pacífica:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE CURSO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE.

1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato.

2. No caso, ao fundamentar o indeferimento da autorização para o funcionamento de novos cursos de ensino superior na “evidente desnecessidade do mesmo”, a autoridade impetrada não apresentou exposição detalhada dos fatos concretos e objetivos em que se embasou para chegar a essa conclusão. A explicitação dos motivos era especialmente importante e indispensável em face da existência, no processo, de pareceres das comissões de avaliação designadas pelo próprio Ministério da Educação, favoráveis ao deferimento, além de manifestações no mesmo sentido dos Poderes Executivo e Legislativo do Município sede da instituição de ensino interessada.

3. Segurança parcialmente concedida, para declarar a nulidade do ato administrativo. (MS 9.944/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 157)

Não é, pois, a qualquer decisão que identifique este ou aquele terreno como sendo de marinha, que o ordenamento jurídico conferirá o tão festejado atributo da “presunção de legitimidade”. Essa característica estará sempre vinculada à constatação da propriedade de todo o itinerário percorrido até esse ponto culminante do processo de demarcação. Somente a decisão tomada com a observância de todas as prescrições constitucionais e legais que regem a matéria irá se revestir desse atributo.

Obter a presunção de legitimidade não é, portanto, um empreendimento tão singelo, não é tarefa “para qualquer um”. Por esse motivo é preciso cautela ao outorgar tão nobre qualidade a algum ato administrativo, pois muitos que são praticados certamente não o merecem. Essa prudência há de se redobrada sempre que se tratar de um ato que integre ou, principalmente, que decida determinado processo administrativo, pois somente o exame

<sup>262</sup> No seriado “Castelo Rá-tim-bum”, produzido pela TV Cultura de 1994 a 1997, havia um personagem chamado “Telekid”, interpretado pelo ator Marcelo Tas (também roteirista e diretor da atração), que aparecia sempre que algum outro personagem apresentava a evasiva e não convincente resposta “porque sim”. O propósito da pausa para reflexão era exatamente estimular o espírito crítico das crianças, principal público do programa. E se alguma daquelas crianças é hoje administrador público e desaprendeu que “porque sim não é resposta”, deve se atentar para o fato de que não poderá dela se valer em seu horário de trabalho. Na melhor das hipóteses, poderá fazê-lo depois dele, quando for comprar determinada marca de cerveja durante o “happy hour”, ou melhor, em respeito ao imortal Ariano (recentemente citado), que não trocava o seu “oxente” pelo “ok” de ninguém, durante a “hora feliz”.



realizado em todo o desenvolvimento da marcha processual poderá concluir pela legitimidade ou ilegitimidade do ato que o ultime.

### **3.8. Da fase recursal: a impugnação e o recurso administrativo.**

Antes de tudo, é imperioso consignar que não se pretende ingressar na discussão acerca da existência de um direito fundamental processual ao duplo grau de “jurisdição”(CANOTILHO, 2013, p. 997. SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p. 766), ou, no caso de processos administrativos, à pluralidade de instâncias de decisão na esfera administrativa. Nada obstante, isso não quer dizer que inexista disciplina constitucional que se refira à fase recursal do processo de demarcação. Exemplo disso são os deveres de motivação e de publicidade, que também neste momento processual possuem aplicação irrestrita.

Atento a isso, incumbe dizer que a sistemática recursal estabelecida no Decreto-lei n.º 9.760/1946 apresenta somente uma incompatibilidade com as normas estabelecidas pela Constituição de 1988, a qual consiste na forma estabelecida no art. 13 daquele Decreto-lei para intimação dos interessados quanto à possibilidade de interposição de impugnação. O referido dispositivo determina apenas a publicação de edital, entendendo tal providência como meio apto para dar ciência aos interessados acerca da determinação da posição da LPM/1831. Contudo, essa forma de comunicação ficta já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão liminar proferida na ADI 4264-MC/PE, de modo que se impõe à Administração promover a intimação pessoal de todos os interessados, sob pena de violação aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Oportuno, ainda, dizer que a adoção da terminologia “impugnação” não descaracteriza seu caráter recursal. Ao contrário, antes o reafirma, uma vez que se encontra positivado expressamente como meio legítimo de objeção a uma decisão ***já*** proferida.

Não se trata, ademais, de mero pedido de reconsideração, embora seja certo que o parágrafo único do mesmo art. 13 preveja a possibilidade de um juízo de retratação da autoridade que determinou a posição da linha. Mas isso também não a desnatura como instrumento recursal, uma vez que, caso a Autoridade (Superintendente Regional da SPU) não reconsidere a decisão proferida, deverá obrigatoriamente remeter a impugnação à instância ordinária de revisão, que no caso é o(a) titular da Secretaria do Patrimônio da União.

Importante pontuar que além da remessa obrigatória no caso de não retratação, o chefe local da SPU (atualmente um Superintendente) deverá, também obrigatoriamente,

promover o reexame da matéria. Note-se que a norma é imperativa: ele “reexaminará o assunto.” Assim, pode-se dizer que só não será obrigatória a reconsideração em si, mas o serão tanto o reexame da matéria, assim como a remessa da impugnação para apreciação do(a) Secretário(a), em caso de manutenção da decisão impugnada pelo superintendente.

No mesmo parágrafo único daquele mesmo art. 13, há também a ressalva de que a remessa necessária não prejudicará o recurso da parte interessada. Essa previsão contempla duas hipóteses interpretativas. A primeira delas se refere ao fato de que, como a impugnação se dá perante o Superintendente Regional da SPU, e esta não prejudica o recurso da parte interessada, poderia este ser interposto direta e imediatamente ao(à) Secretário(a) do Patrimônio da União. A segunda hipótese é de que, mesmo sem reconsiderar a decisão proferida, o Superintendente Regional poderia deixar de promover a remessa de ofício da impugnação. Neste caso, além de apreciar o eventual recurso interposto pela parte interessada, por óbvio que o(a) Secretário(a) do Patrimônio da União deverá determinar a instauração das medidas correicionais cabíveis em razão do descumprimento manifesto da norma legal.

E à guisa de conclusão desta seção, conveniente ainda fazer alusão à sistemática de recurso proposta pelo já mencionado Projeto de Lei n.º 5.627/2013 (“alíquotas mais justas”)<sup>263</sup>. Além de promover as necessárias alterações quanto às denominações atuais das autoridades julgadora e revisora consignadas no Decreto-lei n.º 9.760/1946, a única alteração substancial proposta se destina a subtrair da impugnação a natureza de recurso, convertendo-a em mero pedido de reconsideração, a despeito de designar o impugnante de “recorrente”.

O referido Projeto não mais contempla a hipótese de remessa necessária da impugnação, no caso de o Superintendente Regional não acatá-la, exigindo que o interessado proponha um novo recurso a fim de ver o assunto apreciado por instância diversa daquela que *já* proferiu a decisão impugnada.

Não se pode dizer que a nova sistemática prevista pelo Projeto de Lei n.º 5.627/2013 (“alíquotas mais justas”) represente violação aos direitos fundamentais dos indivíduos, pois

<sup>263</sup> O aludido Projeto prevê as seguintes redações para os artigos 13 e 14 do Decreto-lei n.º 9.760/1946:

Art. 13. Tomando conhecimento das impugnações eventualmente apresentadas, o Superintendente do Patrimônio da União no Estado reexaminará o assunto e, se confirmar a sua decisão, notificará os recorrentes que, no prazo improrrogável de vinte dias, contado da data de sua ciência, poderão interpor recurso, que poderá ser dotado de efeito suspensivo, dirigido ao Secretário do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. (NR)

Parágrafo único. O efeito suspensivo de que tratam o caput e o art. 12-B aplicar-se-á apenas à demarcação do trecho impugnado, salvo se o fundamento alegado na impugnação ou no recurso for aplicável a trechos contíguos, hipótese em que o efeito suspensivo, se deferido, será estendido a todos eles.

Art. 14. Da decisão proferida pelo Secretário do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão será dado conhecimento aos recorrentes que, no prazo de vinte dias, contado da data de sua ciência, poderão interpor recurso dirigido ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, não dotado de efeito suspensivo. (NR)

não inviabiliza o exercício do direito de recorrer, prevendo inclusive a pluralidade de instâncias, no que está em sintonia com o disposto nos arts. 56 e 57 da Lei n.º 9.784/1999. No entanto, certamente representou um retrocesso em termos de garantias dos interessados nos processos de demarcação, na medida em que estes terão ao menos que renovar, como recurso ao(à) Secretário(a) do Patrimônio da União, as razões já apresentadas como impugnação ao Superintendente.

Pior ainda será a possível ocorrência da preclusão quanto à oportunidade recursal, na medida em que os interessados, sem se atentarem para a mudança na sistemática proposta pelo aludido projeto, podem deixar transcorrer o prazo sem interpor novo recurso dirigido agora ao(à) Secretário(a) do Patrimônio da União, imaginando que ainda bastaria a impugnação para que seus motivos fossem conhecidos por esta autoridade em decorrência da remessa necessária.

Outrossim, não é cabível sustentar que a possibilidade de concessão de efeito suspensivo represente incremento às garantias dos indivíduos, uma vez que essa hipótese já se encontra contemplada na legislação em vigor, nos termos do que dispõe o parágrafo único, do art. 61 da Lei n.º 9.784/1999.

É preciso, por fim, reforçar o entendimento de que a possibilidade de recurso só se apresenta como garantia real para os indivíduos, se os demais direitos previstos pelas fases anteriores também forem observados, uma vez que certamente não haverá recorrentes se não forem assegurados sobretudo o contraditório e a ampla publicidade dos processos de demarcação, do que resulte a efetiva integração das pessoas neles interessadas.

### **3.9. A possibilidade de revisão da decisão que determina a posição da LPM/1831.**

Além da alteração da posição da LPM/1831 poder se verificar em decorrência dos recursos previstos no Decreto-lei n.º 9.760/1946, existe também a possibilidade de que essa modificação ocorra em razão do procedimento de revisão, instaurado a pedido de qualquer interessado, na forma do que dispõe o art. 65, da Lei n.º 9.874/1999, ou mesmo de ofício por iniciativa da própria SPU.

É importante pontuar que, embora o mencionado dispositivo legal utilize a expressão “sanção”, ela deve ser tomada em uma acepção mais abrangente, de modo a comportar a revisão dos atos administrativos em geral, e não apenas os que ostentem o caráter punitivo. Essa amplitude que se confere à possibilidade de revisão tem fundamento nos princípios da

legalidade (juridicidade) e autotutela, que impõem à Administração uma atuação conforme determina o ordenamento jurídico-constitucional. Por isso, não tendo a Administração compromisso com o erro ou a ilegalidade, muito menos com a inconstitucionalidade, deve ela, independentemente de provocação de qualquer interessado, promover a revisão de seus atos, quando estiver ciente da ocorrência de vício de legalidade (em sentido amplo).

Nesse sentido, foi construída sólida jurisprudência<sup>264</sup>:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ANISTIA [LEI N. 10.559/02]. REVOGAÇÃO POR ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, XIII, DA LEI N. 9.784/99. SÚMULAS 346 E 473 DO STF. MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DA COMISSÃO DE ANISTIA. FUNÇÃO MERAMENTE CONSULTIVA. NÃO VINCULAÇÃO DO MINISTRO DA JUSTIÇA. PORTARIA GM3 N. 1.106/64. ATO DE EXCEÇÃO APENAS QUANTO AOS MILITARES QUE INGRESSARAM ANTES DE SUA EDIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A anistia política é ato vinculado. Comprovados os requisitos previstos na lei e no regulamento, é dever da Administração declará-la. A ausência de qualquer desses requisitos impede o reconhecimento desse direito. 2. Decorre do poder de autotutela o dever das autoridades de revisar, de ofício, os atos administrativos irregulares que impliquem ônus ao Estado, como é o caso da declaração da condição de anistiado político [Súmulas 346 e 473, STF]. Precedente: RMS n. 21.259, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 8.11.91 3. Não há violação do disposto no art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99 quando o ato de anulação for praticado com fundamento no poder de autotutela da Administração Pública. (...) (RMS 25988, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe-086)

E ainda:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO E ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1. O poder-dever que a Administração tem de rever seus próprios atos é que autoriza a instauração dos processos de revisão, a qualquer tempo (Art. 53 da Lei n. 9.784/1999 e Súmula 473/STF). (...) (EDcl no MS 17.586/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 25/09/2013, DJe 02/10/2013).

Talvez seja ingenuidade cogitar a possibilidade de revisão de ofício do ato de determinação da posição da LPM/1831, uma vez que a postura da União em relação a qualquer providência da espécie é de evidente resistência.

<sup>264</sup> No mesmo sentido: “AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. MILITAR. ABERTURA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE REVISÃO DO ATO CONCESSÓRIO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE IMPEDIR A ATIVIDADE REVISORA. (...) 2. A redação do art. 53 da Lei n. 9.784/1999 impõe à administração o dever de rever seus próprios atos, pelo que não é possível cercear a legítima atividade administrativa revisora, mormente nas hipóteses - como a ora examinada - em que não existe um ato concreto capaz de causar efetiva lesão a direito adquirido. (...)” (AgRg no MS 18.322/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013). Ainda: Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

É de certo modo compreensível a recalcitrância daquele ente, em especial do órgão que é responsável pelo processo, no caso a SPU, uma vez que tal conduta importaria, em primeiro lugar, o reconhecimento de que algo de errado (em sentido amplo) foi feito no curso do processo, do que poderia resultar o ajuizamento de demandas reparatórias. Além do mais, existe também a questão dos custos para a repetição de determinado processo, sendo essa, talvez, a motivação mais relevante a justificar a postura da SPU.

Essa resistência em promover a revisão dos atos praticados com impropriedades é manifestamente revelada pela posição adotada em relação aos processos de demarcação ainda em curso por ocasião do deferimento da medida cautelar na ADI 4264-MC/PE, que expressamente afirmou o seguinte:

Ofende as garantias do contraditório e da ampla defesa o convite aos interessados, por meio de edital, para subsidiar a Administração na demarcação das posições das linhas do preamar médio de 1831, uma vez que o cumprimento do devido processo legal pressupõe a intimação pessoal.

Não custa lembrar que a referida decisão foi proferida como medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade e que, por essa razão, tem eficácia contra todos, embora com efeitos *ex nunc*, na forma do que dispõe o art. 11, §1.º, da Lei n.º 9.868/1999.

Ao interpretar os efeitos da referida medida, a Secretaria de Gestão do Contencioso - SGCT, órgão subordinado à Advocacia Geral da União (AGU), ofertou o Parecer AGU/SGCT/ARL/Nº 42/2011, que foi parcialmente reproduzido no PNC da SPU (SPU, 2014, p. 55-56), conforme transcrição que segue:

- 1) A SPU poderá dar continuidade aos processos demarcatórios, que já tenham ultrapassado a fase do art. 11, antes da concessão da cautelar, devendo notificar os ocupantes na forma do art. 13 do DL 9.760/46, isso porque a decisão liminar produz efeitos para frente, a partir da publicação da ata de julgamento no DOU de 23/03/2011. Tal decisão não alcança a fase do procedimento administrativo que já tivesse sido concluída anteriormente a 28/03/2011, uma vez que os processos administrativos não devem ficar paralisados. O que se paralisa é a aplicação da norma suspensa pelo STF.
- 2) Em razão disso, os processos administrativos que já ultrapassaram a fase do art. 11 não ficam prejudicados, por conta do efeito *EX NUNC* da medida. Aqui se compreendem os atos já praticados entre 31/05/2007 (data de publicação da Lei 11.481/2007) e 28/03/2011 (quando publicada a ata da sessão que concedeu a cautelar). Os procedimentos em que a fase do art. 11 já foi encerrada, ficam convalidados, devendo-se fazer a notificação pessoal na fase do art. 13 (impugnação), nada obstante não tenha sido ele apreciado na ADI 4.264.
- 3) A SPU pode dar continuidade aos processos que estão na fase do art. 13, desde que a notificação seja pessoal, já que nesse momento os interessados são conhecidos.
- 4) No que tange à preservação das demarcações já realizadas e homologadas antes de 28/03/2011, estas são válidas, não podendo a medida cautelar retroagir para alcançá-las, considerando os efeitos *EX NUNC* da decisão, a qual respeita os procedimentos já decididos e homologados. (SPU, 2014, p. 55-56)

Com as escusas que se fizerem necessárias, mas a interpretação da medida cautelar deferida na ADI n.º 4264-MC/PE contém impropriedades de toda ordem.

A primeira delas, quiçá a mais grave, reside no próprio intento de interpretar a decisão no que esta, peremptoriamente, não carece de interpretação. A bem da verdade, o que fez a AGU, no que foi acatada pela SPU, tratou-se de manifesta modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal. Não há de se olvidar que o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de modulação de efeitos das decisões proferida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, como é o caso da ação aqui em referência. Todavia, tal procedimento é prerrogativa do Supremo Tribunal Federal, a qual, na hipótese, foi absurda e manifestamente usurpada pela AGU.

Uma rápida leitura do aludido parecer já autoriza a conclusão de que nele constam disposições que nem de longe podem ser extraídas do Acórdão proferido pelo STF. E diga-se mais: as conclusões da AGU não encontram lastro sequer nos votos vencidos, ou mesmo nas discussões<sup>265</sup> realizadas nas duas sessões em que eles foram proferidos.

Tem-se aqui caso típico de violação à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal, hipótese que autoriza o manejo de reclamação dirigida àquela Corte, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “i”, da Constituição de 1988.

Essa grave impropriedade consiste no fato de o Parecer em questão sugerir que a decisão do Supremo, por ter efeitos *ex nunc*<sup>266</sup>, não alcançaria os processos em cursos, em especial aqueles em que a fase do art. 11 já tivesse sido superada. O argumento para essa conclusão foi o de que “os procedimentos em que a fase do art. 11 já foi encerrada, ficam convalidados”. Outro engano grave, que ignora as disposições da Lei n.º 9.784/1999 que disciplinam a convalidação dos atos praticados com algum defeito sanável.

A propósito, diz o art. 55 da referida Lei que “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Pelo que se extrai desse dispositivo, a convalidação pressupõe que o defeito verificado seja sanável. Esse primeiro filtro não é ultrapassado pela pretensão de convalidação sugerida no Parecer da

---

<sup>265</sup> Toda a discussão está transcrita no Acórdão do ADI 4264-MC/PE, cujo link para consulta se encontra referenciado ao final desta pesquisa.

<sup>266</sup> O Parecer grava a expressão “*ex nunc*” em letras maiúsculas, tal como se estive gritando e já se prevenindo de eventuais questionamentos... e estes certamente virão.

AGU. Como já registro neste trabalho<sup>267</sup>, a violação de direitos fundamentais processuais, em especial as garantias do contraditório e da ampla defesa, representa nulidade absoluta, sendo, por conseguinte, insuscetível de convalidação.

Também se exige que o ato a ser convalidado não contrarie o interesse público<sup>268</sup>, que não deve ser confundido com o intento de a União incrementar suas receitas. Não é disso que se cuida aqui. Esse interesse secundário da União é também legítimo e encontra guarida no ordenamento jurídico, mas jamais deverá medir forças com o interesse de preservar os direitos fundamentais dos indivíduos, que é, sim, verdadeiramente público.

No que concerne à repercussão na esfera de direitos dos indivíduos ou, nos termos do que diz a lei, ao “prejuízo de terceiros”, é notório que a pretendida convalidação produz sérias e graves conseqüências para os interessados nos processos de demarcação. E sobre esse aspecto maiores delongas são desnecessárias, pois o Supremo Tribunal Federal já assim asseverou em comando com eficácia contra todos. Basta apenas ressaltar que o prejuízo não é meramente econômico, que pode efetivamente também ocorrer, mas em relação ao qual se poderia cogitar a disponibilidade. Trata-se, de modo diverso, de direito fundamental processual, que, por conseguinte, coloca-se além de qualquer possibilidade de disposição, seja por parte dos seus titulares (que poderão não exercitá-los, mas não renunciá-los), seja, principalmente, por ato do próprio Estado.

E mais uma coisa ainda há de ser dita. Embora a lei não deixe margem a dúvidas, é oportuno asseverar que esses requisitos para a convalidação dos atos administrativos são cumulativos, e não alternativos, consoante vem decidindo pacificamente jurisprudência dos tribunais superiores:

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO E ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA.**

1. O poder-dever que a Administração tem de rever seus próprios atos é que autoriza a instauração dos processos de revisão, a qualquer tempo (Art. 53 da Lei n. 9.784/1999 e Súmula 473/STF). 2. Se, dessa revisão, exsurgir a necessidade de anulação de atos administrativos, deve-se verificar, caso a caso, a incidência do óbice da decadência, que apenas incidirá se, simultaneamente: (a) tratar-se de ato do qual decorra efeito favorável ao administrado; (b) tenha transcorrido prazo igual ou superior a cinco anos da data em que foi produzido; (c) não se comprove a má-fé do beneficiado pelo ato rescindendo; e (d) a Administração não tenha, no transcurso do quinquênio legal, produzido qualquer ato que importe em impugnação à validade do ato que pretenda anular (Art. 54 da Lei n. 9.784/1999). (...)  
(EDcl no MS 17.586/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2013, DJe 02/10/2013)

<sup>267</sup> Neste sentido: MS 23550, relator p/ Acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 04/04/2001; RMS 28517 AgR/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 25/03/2014.

<sup>268</sup> A distinção entre interesse público primário e interesse público secundário já foi objeto de exposição nas seções 2.7 e 3.7 desta pesquisa.

Atento a essas premissas, é evidente que a manutenção das convocações feitas, como bem disse a Corte Suprema, com violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, representa lesão ao interesse público primário, pois importa descumprimento do dever geral de proteção que o Estado tem para com todos os indivíduos.

Diante deste cenário, reconheça-se forçosamente que incumbiria à Administração promover exatamente o ato contrário à convalidação, ou seja, deveria ela realizar a revisão dos atos manifestamente inconstitucionais, pois assim já foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. A SPU, em vez de ignorar o vício insanável que atinge os atos de convocação editalícia realizados na fase a que alude o art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, deveria era declarar a nulidade de todos eles, como medida de respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como aos direitos fundamentais de todos os interessados nos processos de demarcação ainda em curso quando proferida aquela medida cautelar.

A impropriedade da conduta da SPU é tão flagrante que se ensejaria, inclusive, a análise da ocorrência de ato de improbidade, a que se refere o art. 11, II, da Lei n.º 8.429/1992.

Por tudo aduzido, com relação aos processos de demarcação ainda em curso quando deferida a medida cautelar na ADI n.º 4264-MC/PE, é de clareza meridiana a impossibilidade de convalidação das convocações realizadas em desacordo com as normas constitucionais, pois ausentes os requisitos constitucionais e legais para o aproveitamento dos atos eivados de inconstitucionalidade. Desse modo, que não restaria outra alternativa à União a não ser promover a renovação dos atos de convocação, em obediência ao princípio da autotutela, observando o comando peremptório da decisão do Supremo Tribunal Federal, mantendo-se apenas os processos já concluídos, em razão de os efeitos daquela decisão serem, por enquanto, *ex nunc*.

E antes de encerrar esta sessão, cabe uma justificação quanto às referências feitas à atuação da Advocacia Geral da União, algumas delas que podem ser compreendidas como críticas contundentes. De fato que foram sim, críticas, e se houve contundência essa característica decorreu da necessidade de construir sólidos fundamentos para o argumento ao final apresentado, no sentido de que a sugerida convalidação dos atos administrativos inconstitucionais seria inviável.

Na verdade, há de se reconhecer como de grande valia a atuação da AGU, que se tem afirmado como instituição das mais importantes para a consolidação dos valores consagrados pela Constituição, em especial a legalidade e a moralidade. Em diversas questões, a AGU tem



atuado como verdadeira defensora do Estado, que se personifica como ente também (mas não somente) na pessoa jurídica de Direito Público “União”.

Também merece registro a batalha de seus integrantes com o propósito de afirmar a idéia de que são efetivamente advogados públicos, que também representam interesses genuinamente públicos, e não apenas os secundários (também importantes, mas não igualmente importantes). Nesse mister, o integrantes da AGU não estariam a serviço de qualquer governo ou governante, mas de toda a sociedade, sendo que somente a esta devem render irrestrita satisfação. Por isso se mostra imperioso o reconhecimento constitucional da independência funcional de todos eles, de modo a afastar de vez qualquer dúvida quanto à existência dessa prerrogativa, ainda não expressa no texto constitucional.

Mas para que haja o reconhecimento dessa independência funcional, é necessário, antes de tudo, que ela seja efetivamente exercida pelos integrantes dessa nobre instituição, pois só se pode reconhecer o que de fato existe. Em outros termos, essa independência funcional tem de se fazer aparente, de modo que não se cogite haver um regime de hierarquia funcional entre o Advogado Público e o administrador que ostenta a condição de chefe de determinado órgão, ao menos no que concerne ao exercício das funções típicas do cargo, ou seja, de sua atividade finalística.

A manifestação dessa independência deve se dar exatamente nos momentos em que a defesa intransigente de determinadas posturas da Administração contraria manifestamente a Constituição e as leis, ainda que tal defesa se constitua no caminho mais fácil, seja do ponto de vista do conforto individual do Advogado Público, da manutenção das relações inter-institucionais, ou mesmo diante do sempre invocado argumento da “economia de recursos”. E esta economia, é sabido por todos, não existe efetivamente quando são praticadas ilegalidades, pois a partir delas apenas se transferem os gastos para mais adiante, ainda que venham a ser realizados por outros órgãos igualmente públicos, como a Justiça Federal e a própria AGU, nos casos de judicialização das questões decorrentes daquelas posturas impróprias.

Não se prega aqui a possibilidade de se negar assistência aos órgãos públicos, mas, de outro modo, sustenta-se que a assessoria a ser prestada não deve se limitar a criar fórmulas de juridicidade duvidosa como “solução” para problemas verificados na atuação de alguns órgãos. Também se afirma que, em certas circunstâncias, a AGU, por meio de seus Advogados Públicos, deve reconhecer que o administrador errou e, ainda, que haverá de consertar seus equívocos e minorar as conseqüências nocivas para particulares e para a própria Administração, no que esta poderá contar com o necessário auxílio da AGU, cujo compromisso primeiro e inafastável é com o interesse genuinamente público.

E retomando a questão quanto à possibilidade de se promover a revisão da posição da LPM/1831, é necessário observar que dessa revisão não estará sujeita à limitação temporal estabelecida no art. 54, da Lei 9.784/1999. A razão para tanto é o fato de que, conforme dispõem os arts. 183, §3.º, e 191, parágrafo único, ambos da Constituição de 1988, os bens públicos não podem ser adquiridos mediante usucapião, o que significa dizer que a indisponibilidade do patrimônio dos entes públicos decorre diretamente de preceito constitucional, de modo que não pode ser afastada por meio de lei infraconstitucional.

### **3.10. O que fazer?**

Percorrido todo o itinerário desta pesquisa, é chegado o momento de se perguntar: o que fazer para aperfeiçoar a atividade demarcatória desenvolvida pela União?

Certamente que há compreensão da urgência em se empreender a demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos. Tais espaços têm uma função social a cumprir, por força de mandamento constitucional, o que demanda, antes de tudo, que a localização deles seja feita com precisão. Nada obstante, esse legítimo interesse da União não deve conduzi-la a esquecer um compromisso que também tem assento na Constituição e se revela mais precioso que o mero proveito arrecadatário: garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, em especial, para a natureza da questão aqui tratada, o de propriedade e os fundamentais de caráter processual.

A conjugação desses dois desígnios, contudo, não é inviável. O próprio ordenamento jurídico-constitucional aponta o caminho a ser trilhado, fornecendo também os instrumentos legais necessários à consecução desse propósito.

A questão começa, antes de tudo, em não se largar mão da fórmula processual. A atuação processualizada da Administração Pública é um projeto da Constituição e que, por conseguinte, não pode ser substituído ao gosto do administrador que o tenha por custoso ou demorado. A alternativa é o aperfeiçoamento, jamais o abandono, sob pena de se viciar a atuação do ponto de vista da juridicidade, além de lhe subtrair a legitimidade necessária ao afinamento com o viés democrático do modelo do Estado brasileiro.

Se não todas, a significativa maioria das medidas de aperfeiçoamento aqui sugeridas dependem única e exclusivamente da própria Administração, que pode muito bem implementá-las se valendo dos instrumentos já positivados no âmbito da legislação federal, em especial da Lei n.º 9.784/1999, que densificou diversos direitos fundamentais processuais. É fazer a conjugação das normas contidas na lei geral de processo administrativo com as

disposições do Decreto-lei n.º 9.760/1946, sempre revisadas pelo filtro rigoroso da Constituição de 1988, pois é também papel da Administração interpretar a Constituição.

Dizer que se precisa da aprovação de uma nova lei para ajustar sua conduta aos ditames da Constituição é dar desculpa. Na lição de Marcelo Neves (2011, p. 39), é utilizar um projeto de lei como álibi para se justificar perante os reclames sociais, com a “(...) pretensão de convencer o público das boas intenções(...)”. Em outros termos: é oferecer um “cala boca” efêmero ao povo.

Quanto à expectativa de aperfeiçoamento do processo de demarcação pela via legislativa, o quadro não é promissor, pois infelizmente todos sabem que sem, ou contra o interesse do Poder Executivo, o parlamento brasileiro não legisla. E não se espera que alguém acredite que o Executivo tem real interesse em aprovar qualquer iniciativa de lei que tenha como consequência a redução permanente de receitas, ou que importe a criação de novas fases ao processo de demarcação, tal como a realização de consultas à população (que na verdade disfarçam a supressão da garantia de convocação pessoal).

O Projeto de Lei n.º 5.627, apresentado em 22/05/2013, denominado simpaticamente de “alíquotas mais justas”, arrasta-se há quase dois anos. Destarte, enquanto o que é supostamente “justo” para os indivíduos vem pelas vias ordinárias, que são manifestamente mais delongadas, o que é injusto veio “a galope” sob a forma de medida provisória. Que o diga a intenção de se extrair do disposto no art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946 a garantia de convocação pessoal dos interessados nos processos de demarcação. Para tal providência o Executivo e o Legislativo viram a presença dos requisitos constitucionais de “urgência e relevância”, tanto que o primeiro editou e o segundo chancelou o texto da Medida Provisória n.º 335, de 23/12/2006, cuja conversão resultou na Lei n.º 11.481, de 31 de maio de 2007. Neste caso, em prestígio à Constituição, por providência do Supremo Tribunal Federal foi barrada a tentativa de esvaziamento do processo como garantia dos indivíduos.

Mencione-se também a Medida Provisória n.º 152/2003, que resultou na Lei n.º 10.852/2004, que estabeleceu o prazo decenal de decadência para constituição dos créditos relativos às receitas patrimoniais, permitindo que a União, após realizar a “regularização” das ocupações, promova a cobrança dos encargos relativos aos últimos dez anos. Também esta foi considerada medida “urgente e relevante” a justificar a edição de medida provisória.

Mas há outras investidas contra o processo de demarcação como instrumento de efetiva garantia aos indivíduos. E diante da recalcitrância da União em aplicar a Constituição e as leis, sendo que estas conforme aquela, tudo está a indicar que o saneamento das impropriedades na atividade demarcatória não virá de forma tranquila, dada de “mãos

beijadas” na seara administrativa. Poder até poderia, e sem maiores custos, mas o panorama que se apresenta não nutre esperanças reais dessa ocorrência.

Ao Judiciário, por conseguinte, resta cumprir seu papel de última guarida dos indivíduos. Melhor que fosse de outra forma, não tenham dúvidas, mas a jurisdição é inafastável e, justiça se faça, o Poder Judiciário não tem se escusado de cumprir sua missão constitucional.

Dos magistrados eventualmente incumbidos de promover a análise das questões que lhes forem submetidas, há de se exigir, contudo, uma postura diferente da que eventualmente ainda é adotada por alguns em relação ao tema. Este é complexo, como bem registrou o Ministro Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADI 4264-MC/PE, exigindo por isso conhecimentos interdisciplinares, na medida em que se comunica com outros campos do conhecimento. Mas isso é típico da jurisdição, que não pode escolher as matérias sobre as quais deve se pronunciar. Exigindo-se conhecimentos não eminentemente jurídicos, que sejam buscadas as fontes de auxílio para a compreensão das nuances das causas, ou, ainda, que sejam consultados expertos no assunto. Todavia, o que não se admite é que as questões principais deixem de ser enfrentadas correta e exaustivamente.

O que se percebe, quanto a este aspecto, é que a complexidade da matéria e o seu caráter interdisciplinar causam certa rejeição ao tema, o que tem conduzido alguns magistrados a adotarem soluções que demandam menos imersão nas impropriedades existentes na atividade demarcatória, enfrentando-as apenas de forma oblíqua, tangenciando, assim, o cerne das principais questões relacionadas à matéria. No caso dos processos de demarcação, a alternativa para o reconhecimento das nulidades tem sido a aplicação (correta, ressalte-se) do entendimento veiculado na ADI 4264-MC/PE, que antes já se encontrava pacificado no âmbito do STJ, no sentido de que a convocação dos interessados deve ser feita de forma pessoal.

Mas, como se viu exaustivamente, essa não é a maior das impropriedades praticadas na atividade demarcatória desenvolvida pela União. Pior, muito pior que isso é o afastamento dos critérios eleitos pelo legislador para determinação da posição da LPM/1831, que são substituídos por outros arbitrados pelo administrador em seus documentos ou manuais.

O contexto está, portanto, a exigir dos magistrados maior reflexão antes de invocar a incidência de velhos dogmas do Direito Administrativo, os quais, sobretudo após a redemocratização do país com a promulgação da Constituição de 1988, não podem ser aplicados sem o temperamento prescrito pelas normas constitucionais. A “presunção de legitimidade”, a executoriedade, a inversão do ônus da prova em desfavor do particular, são

institutos cuja utilização enseja cautela, sobretudo quando cotejados com o dever de motivar todas (não algumas) as decisões administrativas, assim como com o dever de proteção aos direitos fundamentais processuais dos indivíduos, dentre outros tantos que não convém enumerar novamente.

Mas há de se reconhecer que, diferentemente do que se dá em relação à Administração, no âmbito do Judiciário o quadro é promissor. Nesta pesquisa, foram referenciadas decisões que tiveram a perspicácia de perceber que a prática administrativa recorrentemente se afasta de maneira substancial da norma que apresenta os elementos nucleares do conceito de terrenos de marinha, e não apenas que viola garantias (também importantes) de caráter processual.

Há que se registrar, ainda, a atuação do Ministério Público como curador do patrimônio público, mas também, e sobretudo, como curador dos direitos do cidadão. Ações em mais de um estado da federação intentam abrir a “caixa-preta” do processo de demarcação, exigindo que a União ajuste sua conduta ao que prescrevem a Constituição e as leis disciplinadoras da matéria. É certamente um grande avanço.

Cite-se, ainda, o próprio envolvimento da sociedade, seja por meio de organizações civis, seja por meio de seus representantes eleitos. Exemplo disso foi a propositura da ADI 4264-MC/PE, que é de autoria da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco.

No cômputo geral, portanto, há esperança no porvir.

Se o aperfeiçoamento da atividade de demarcação dos terrenos de marinha não virá de forma voluntária, já que as alterações propostas pelo Poder Executivo se destinam a promover o esvaziamento do processo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, é de se almejar, então, que as mudanças decorram das ações realizadas pelos demais poderes, bem como da efetiva participação da sociedade na discussão das questões aqui tratadas.

É esperar, então, e ver aonde se chegará.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora seja perceptível a insatisfação da população em geral quanto aos resultados das atividades demarcatórias, uma vez que dela decorrem a declaração de nulidade de títulos e a cobrança de encargos dos ocupantes dos terrenos de marinha, esse sentimento não é, como regra, manifestado por meio de uma insurgência fundamentada. Há discordância em relação a essa atividade, mas isso se apresenta no mais das vezes de forma empírica. São raríssimos os fóruns de discussão dessa matéria e, quando realizados debates sobre o tema, nestes não se verificam diálogos interdisciplinares, sendo colocadas ciências e os respectivos estudiosos em campos distintos.

Foi por isso que o Direito e os seus aplicadores se mantiveram (e ainda se encontram) distantes do tema, já que muitos acreditam que ele interessa apenas ao campo das ciências exatas, sobretudo das engenharias. Essa equivocada premissa ignora o fato de que, sendo a atividade demarcatória desenvolvida pela Administração Pública, deve ela ser pautada pelo princípio da legalidade em sua acepção mais ampla, compreendendo não somente a lei em sentido estrito, mas principalmente os preceitos estabelecidos na Constituição. É na lei, não nos manuais, que se encontram estabelecidos os elementos nucleares do conceito de terreno de marinha, os quais não estão disponíveis para que o Administrador os ajuste livremente. A técnica e a prática administrativa não podem submeter a lei, pois a lógica da Constituição estabelece exatamente o oposto disso.

Mas infelizmente a União insiste em desenvolver sua atividade ignorando os preceitos constitucionais, notadamente os que asseguram direitos fundamentais processuais, além de não observar os elementos nucleares do conceito legal de terreno de marinha. Essas impropriedades terminam por representar ofensas aos direitos fundamentais dos administrados, os quais vêm seus imóveis indevidamente identificados e cadastrados como terrenos de marinha.

O contexto atual, portanto, mais que permitir, reclamava o reexame do processo de demarcação dos terrenos de marinha, empreendimento a que se propôs a pesquisa que por agora se suspende.

Por ser um tema complexo e vasto, já que eminentemente interdisciplinar, demanda que neste momento final seja apresentada uma síntese das principais conclusões a que se chegou após cumprido esse roteiro.

O primeiro momento da pesquisa se destinou a apresentar a trajetória histórica dos terrenos de marinha, analisando-se inicialmente o instituto das marinhas (ou marinhas de sal)

que lhe emprestou as origens, prosseguindo-se até sua atual configuração, como instituto reconhecido expressamente pelo texto constitucional.

Foi observado que os terrenos de marinha, que jamais deixaram de pertencer à União (ou aos entes que a precederam, como a Coroa Portuguesa e o Império Brasileiro), foram havidos por meio de aquisição originária, sendo o Tratado de Tordesilhas o primeiro título formal de propriedade sobre as terras do Brasil.

Também se observou que a primeira disciplina normativa destinada às marinhas em terras brasileiras, constou expressamente na Carta de Doação da Capitania de Pernambuco, passada em 1534 por Dom João III em favor de Duarte Coelho, estabelecendo que qualquer pessoa, para fazer marinhas, deveria ao mencionado donatário o pagamento do respectivo foro.

Do final do século XVII e durante todo o Século XVIII, a disciplina das marinhas estabeleceu que estes espaços não deveriam se destinar ao uso privativo, sendo de propriedade da Coroa e que, por conta disso, deveriam ser reservados ao seu serviço e ao uso comum do povo, tal como prescreveram as Ordens Régias de 4 de dezembro de 1678, de 21 de Outubro de 1710 e 7 de maio de 1725.

Após a chegada da família real portuguesa ao Brasil, e motivado pela necessidade de melhorar a estrutura urbana do Rio de Janeiro e incrementar a arrecadação da Coroa, cujos gastos de manutenção muito se elevaram com o deslocamento para o Brasil, viu-se que o Decreto de 21 de janeiro de 1809 inaugurou uma nova vocação para as marinhas, ordenando a concessão, em aforamento ou arrendamento, de terrenos nas praias da Gamboa e Sacco do Alferes.

Mais adiante o Aviso de 18 de novembro de 1818 estabeleceu um padrão de medida para as marinhas, determinando que “da linha d’água para dentro sempre são reservadas 15 braças pela borda do mar para serviço público.”

Mas foi somente no Aviso de 7 de julho de 1829 que a expressão “terrenos de marinha” foi utilizada pela primeira vez em instrumentos normativos, muito embora bem perto disso tenham chegado a Consulta e Resolução de 12 de abril de 1821, que continha a expressão terrenos *da* marinha, e o Aviso de 13 de julho de 1827, que mencionou “terrenos a beira-mar.”

Viu-se, ainda, que a Lei Orçamentária de 15 de novembro de 1831 confirmou a vocação arrecadatória do instituto dos terrenos de marinha, tendo o seu regulamento, veiculado por meio das Instruções de 14 de novembro de 1832, apresentando a primeira definição de terrenos de marinha, considerando como tais todos aqueles que, “banhados pelas

águas do mar, ou dos rios navegáveis, vão até a distância de 15 braças craveiras para a parte da terra, contadas estas desde os pontos a que chega o preamar médio.”

A adoção da vocação das marinhas, inaugurada em 1809, bem como a utilização do mesmo parâmetro de medidas estabelecido para estas pelo Aviso de 18 de novembro de 1818, corroboraram o argumento de que os terrenos de marinha tiveram origem no instituto das marinhas, e não no das lezírias portuguesas, como sustentado por alguns.

Já no século XX, o Decreto-lei n.º 24.643/1934, que estabeleceu o Código de Águas, foi a primeira norma primária a contemplar em seu corpo a definição de terrenos de marinha, providência, até então, reservada a normas infralegais. Esse conceito foi objeto de alterações, algumas destas bem substanciais, como a levada a efeito pelo Decreto-lei 4.120/1942, determinando que os terrenos de marinha deveriam ser medidos a partir da linha da preamar máxima atual.

Com o Decreto-lei n.º 9.760/1946 foi restaurada a referência temporal ao ano de 1831, bem como a sistemática de cálculo das preamares, que deveria observar a média destas, e não a máxima. Nesse diploma foi também apresentado o conceito legal de terrenos de marinha, que subsiste até os dias atuais, bem como as regras específicas do processo de demarcação, as quais não foram objeto de alteração substancial até o presente momento (embora haja projeto de lei que pretenda o esvaziamento da disciplina legal da atividade de demarcação).

Observando, tanto quanto possível, recorte temporal semelhante ao que informou a construção do primeiro capítulo, a segunda parte da pesquisa promoveu a análise da evolução dos movimentos constitucionais e modelos de Estado desde o final do século XVII até os dias atuais, atentando-se às projeções dessas mudanças sobre o Direito Administrativo, especialmente sobre a forma como a Administração Pública deve se relacionar com os indivíduos.

Constatou-se, então, que os Estados inaugurados com as revoluções ocorridas na segunda metade do século XVIII, estabeleceram-se sob o compromisso de não afligir os direitos fundamentais dos indivíduos, dentre os quais sempre teve assento o direito de propriedade.

O Constitucionalismo Moderno, contudo, limitou-se a reconhecer esses direitos fundamentais, que apresentavam inicialmente um viés eminentemente individualista, o que resultou na constatação de que a esfera de direitos fundamentais deveria também ser ampliada, a fim de compreender determinadas prestações destinadas a assegurar aos indivíduos as condições mais elementares de vida digna. Contudo, mesmo após assumir a



feição de Estado-provedor, a tarefa de viabilizar o efetivo cumprimento dos compromissos estatais foi terceirizada às leis, sendo o texto constitucional tomado apenas como paradigma valorativo, desprovido, no entanto, de eficácia normativa.

Esse prestígio da lei, em detrimento da normatividade da Constituição, possibilitou o surgimento de diversos Estados totalitários que, com aparência de legalidade, vilipendiaram os valores humanos mais elementares, incluindo-se aí a própria vida.

Após o manifesto insucesso da lei, que permaneceu por mais de um século como instrumento central dos ordenamentos jurídicos, a partir de meados do século XX, o mundo vê surgir um novo modelo de constitucionalismo, no qual a Constituição reassume o papel de protagonista na direção do ordenamento jurídico, espalhando sua disciplina por campos até então reservados apenas à disciplina legal, ou mesmo à esfera privada. Afirma-se a Constituição, então, como norma por excelência, agora não apenas de caráter político, mas dotada de eficácia jurídica, prestando-se inclusive para ser aplicada diretamente, ainda que diante da ausência de lei infraconstitucional, ou mesmo em face desta.

Ensejou-se, a partir disso, a reformulação dos instrumentos de interpretação e aplicação do direito, uma vez que os recursos de outrora já não mais se revelavam suficientes. A interpretação constitucional passou a ser orientada pela noção de supremacia da Constituição e da sua força normativa, que se irradia para todo o Direito e influencia a forma como devem ser interpretadas também as normas infraconstitucionais.

Foi apontado que essa feição do Constitucionalismo Contemporâneo, também denominado por alguns de “Neoconstitucionalismo”, somente foi apresentado ao Brasil pela Constituição de 1988, que (re)inaugurou um modelo de Estado novamente aproximado dos valores democráticos. Disso resultou a alteração substancial do Regime Jurídico Administrativo, antes informado pela ideia de verticalidade nas relações entre Administração e indivíduos. A partir da promulgação da Constituição Cidadã, passa o Estado a se vincular, acima de tudo, ao compromisso de realizar a justiça e assegurar o pleno gozo de todos os direitos fundamentais dos indivíduos.

E sob essa premissa, constatou-se que inexistia qualquer conflito entre os interesses dos proprietários de imóveis alodiais e os da União. Foi visto que, à União importa definir a localização precisa dos terrenos de marinha, mas não avançar um centímetro quadrado sequer além dos limites de sua propriedade. Aos particulares proprietários dos imóveis alodiais, por sua vez, interessa a preservação do domínio sobre seus imóveis, o que também deveria interessar à União que, como um dos entes que personifica o Estado, tem o dever de proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Constatou-se que a Constituição de 1988 também elegeu o processo como principal instrumento de atuação da Administração Pública, o que fez por considerar ser este o mecanismo que melhor se presta a conferir legitimidade à atuação dos órgãos estatais. Mas além da simples escolha, o texto constitucional também indicou os elementos característicos de um modelo de processo que a doutrina convencionou chamar de processo justo, o único que teria aptidão para tutelar efetivamente os direitos fundamentais dos indivíduos, e ao mesmo tempo viabilizar que a Administração profira decisões e se manifeste da forma mais adequada.

O perfil de processo estabelecido na Constituição de 1988 revelou a premência de se promover o reexame de todos os processos estatais, nos quais se encontra incluído o processo administrativo e, em especial para o tema, o processo de demarcação dos terrenos de marinha. Essa necessidade se manifestou de forma mais evidente em razão de que, quando editada a disciplina normativa da atividade demarcatória dos terrenos de marinha, vigia ainda a Carta de 1937, a mesma que, com viés autoritário, instituiu o “Estado Novo”.

Para realizar a releitura do processo de demarcação em conformidade com as normas da Constituição de 1988, adotaram-se sobretudo, mas não exclusivamente, as formulações de Konrad Hesse sobre o método hermenêutico concretizador.

A propósito, viu-se que, pelo princípio da unidade da Constituição, esta deve ser compreendida como um conjunto de elementos, o que determina que a interpretação de suas normas deve também ser realizada de forma sistêmica, e não isolando suas disposições, a fim de evitar a equivocada conclusão de que existam contradições reais entre suas normas.

Pelo princípio da concordância prática, constatou-se que a interpretação deve conduzir a uma solução do problema que preserve ao máximo os bens ou valores que se encontrem em colisão, evitando-se que uma precipitada ponderação proponha a realização de um mediante o sacrifício do outro.

O princípio da proporcionalidade, por meio do qual se poderia aferir se uma determinada intervenção no âmbito dos direitos fundamentais é legítima ou indevida, estaria subdividido em três máximas ou subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrita. A razoabilidade consistiria na racionalidade do possível, sendo associada à adequação entre meios e fins.

O princípio da correção funcional se destina sobretudo a regular o correto exercício das competências estabelecidas na Constituição, ajustando a atuação de todos os poderes constituídos, de maneira que nenhum, sobretudo o Judiciário, atue de modo a ingressar na esfera de atribuições dos demais.

Pelo princípio da eficácia integradora da Constituição, viu-se que as soluções interpretativas devem privilegiar os pontos de vista que reforcem a unidade política daquela norma.

Por fim, fez-se referência à força normativa da Constituição, princípio que determina que a atividade de interpretação constitucional seja desenvolvida de modo a preservar a eficácia das normas constitucionais, possibilitando a compatibilização destas com o ambiental social histórico e, por isso, eminentemente cambiante.

Estudou-se, ainda, a técnica da interpretação conforme a Constituição, concluindo-se pela possibilidade de ser ela empregada como um instrumento de hermenêutica, inclusive pela própria Administração Pública. Sobre a questão, foi apresentado como fundamento o fato de que, conforme lecionam Häberle, Canotilho e outros tantos, também à Administração Pública incumbe funcionar como intérprete da Constituição, de maneira que, ao aplicar as leis, deve adotar o sentido dos textos normativos que se ajustem às normas constitucionais.

Foi visto que a interpretação conforme a Constituição funcionaria como “técnica de correção legislativa”, promovendo o saneamento de eventuais indeterminações das leis editadas posteriormente à promulgação da Constituição, mas também como “técnica de recepção de normas pré-constitucionais”, atualizando as leis editadas antes de a Lei Maior ter vigência, preservando-as na medida em que aponta um sentido para as normas legais que seja compatível com as constitucionais.

Cogitando-se a existência de eventuais contradições entre as disposições do Decreto-lei n.º 9.760/1946, que disciplinou especificamente o processo de demarcação dos terrenos de marinha, e as da Lei n.º 9.784/1999, que consubstancia a Lei Geral de Processos Administrativos, foi afirmado que não se deve promover a automática aplicação do critério da especialidade, tal como proposto por Bobbio e recomendado pelas disposições constantes no *caput* e §§ 1.º e 2.º, do art. 2.º, da Lei n.º 4.657/1942. Essa conclusão foi lastreada no argumento de que, tendo a Lei n.º 9.784/1999 sido editada já após a redemocratização do Estado, milita em seu favor, mais do que em proveito do Decreto-lei n.º 9.760/1946, a presunção de ter sido produzida em conformidade com a nova ordem constitucional.

Além do mais, aquilo em que conteúdo da Lei Geral de Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/1999) representar verdadeira densificação dos preceitos estabelecidos na Constituição, prevalecerá sobre o conteúdo da lei especial do processo de demarcação (Decreto-lei n.º 9.760/1946). A razão para tanto é que, como critério primeiro para resolução de antinomias, deve-se ter a adoção da possibilidade interpretativa que mais prestigie a força

normativa da Constituição, sendo esta tomada não somente como o fundamento de validade do ordenamento jurídico, mas como o elemento que confere unidade material a todo sistema.

A última parte da pesquisa, que corresponde à análise do processo de demarcação de dos terrenos de marinha, iniciou-se com a construção do argumento de que o processo justo, de acordo com o modelo estabelecido na Constituição de 1988, representa um instrumento de proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Essa premissa foi precedida de uma exposição da trajetória percorrida desde a noção de vinculação do governante à “lei da terra” (*legem terrae*), que remonta ao ano de 1066, passando-se pela Cláusula 39 da Magna Carta, de 1215, bem como pela construção da dupla acepção da cláusula protetiva do devido processo legal (*due process of law*), que se tributa notadamente à construção jurisprudencial realizada no âmbito da Suprema Corte Americana.

Quanto à experiência brasileira, foi registrado que o entendimento pacífico da doutrina é no sentido de que, antes de promulgada a CB/1988, o princípio de devido processo legal já se encontrava inserido no ordenamento constitucional como cláusula implícita. Nada obstante, com a promulgação da Constituição de 1988, além da positivação dessa cláusula, foi a ela conferida a estatura de direito fundamental processual.

No que se refere ao aspecto substantivo do devido processo legal, também aqui no Brasil a definição de seus contornos se deveu à construção pretoriana desenvolvida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em especial nas decisões relativas ao controle de constitucionalidade. Passou o Pretório Excelso, destarte, a reconhecer a utilidade do aspecto substantivo dessa cláusula protetiva dos direitos fundamentais, notadamente para o exame de razoabilidade de atos normativos editados pelo Estado.

Mas foi visto que mesmo a acepção substantiva do princípio do devido processo legal remete apenas à noção de itinerário correto, ou, quando muito, à de que o processo consubstancia um instrumento que se presta de anteparo ao arbítrio estatal, o que ainda é insuficiente para viabilizar a realização da tutela efetiva dos direitos fundamentais. Em decorrência dessa percepção, evoluiu-se, então, para o ideal de processo justo, que teria seus elementos definidos na própria Constituição, ainda que de forma difusa. Para composição do perfil desse processo justo foram utilizadas as formulações de Marinoni e Mitidiero, que sustentam a necessidade de que ele se pautar pela colaboração do órgão julgador para com as partes, devendo estas possuir condições de participação igualitária no processo, onde se deve assegurar efetivamente o contraditório, a ampla defesa, o direito à produção de provas, a publicidade, devendo a marcha processual ter duração razoável.

Este perfil de processo justo, como instrumento apto para realização dos direitos fundamentais processuais e garantia dos direitos fundamentais de outras espécies, refere-se ao gênero “processo”, de maneira que também os processos administrativos estão submetidos a essa cláusula de proteção estabelecida na Constituição.

Sobre o processo administrativo, foi inicialmente enfrentada a questão relativa à distinção entre processo e procedimento, sendo manifestada preferência pela terminologia “processo administrativo”, afirmando-se, ademais, que não se trata de mera opção semântica, já que há consequências relevantes em decorrência da sua adoção, a exemplo das regras de competência para legislar sobre processo e sobre procedimento em matéria processual.

Como fundamento para esse entendimento, foi registrado que a própria Constituição fez primeiramente essa escolha, tanto que em diversos dispositivos utiliza a expressão “processo” quando se refere ao instrumento de atuação da Administração, o que consistiu num ato deliberado do Poder Constituinte, que desejava com isso conferir caráter nacional à disciplina processo administrativo.

Além disso, foi visto que a Constituição de 1988 elegeu o processo como instrumento primordial de atuação da Administração, subtraindo a posição de primazia que antes era conferida ao ato administrativo. Essa diretriz constitucional decorreu da necessidade de outorgar legitimidade à atuação da Administração, o que terminou por se constituir também em medida de eficiência e economia, já que, sendo construída de forma colaborativa, a decisão se torna menos suscetível à impugnação por recurso na esfera administrativa, ou mesmo à impugnação pela via judicial.

Utilizando alguns elementos do conceito apresentado por Ferraz e Dallari, mas agregando-se novos elementos extraídos dos preceitos constitucionais, construiu-se a seguinte definição para processo administrativo: *o processo administrativo se constitui no instrumento que, desenvolvendo-se por meio de atos dispostos em uma sequência lógica e conformada ao ordenamento jurídico-constitucional, destina-se a viabilizar uma manifestação de vontade pela Administração, conferindo legitimidade à sua atuação e assegurando os direitos fundamentais de todos os envolvidos.*

Como justificativa para incorporação da realização dos direitos fundamentais ao conceito de processo administrativo, apontou-se a necessidade de realçar a principal finalidade que a Constituição de 1988 outorgou ao processo administrativo, ao estabelecer um modelo de atuação da Administração que prestigia a cooperação e o controle como mecanismos de realização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Em conformidade com o modelo de atuação estabelecido na Constituição, afirmou-se a imprescindibilidade do processo de demarcação para identificação dos terrenos de marinha, notadamente em razão das consequências que dele decorrem em desfavor dos particulares, como a desconstituição dos títulos de propriedade que eventualmente possuam e a imposição da obrigação de pagamento de encargos decorrentes da utilização daquelas áreas. Quanto a esse aspecto, foi registrado que a jurisprudência pacífica, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, exige o desenvolvimento regular e a conclusão do processo de demarcação dos terrenos de marinha como requisito para produção daquelas consequências.

A despeito dessas conclusões, foi constatado que a União intenta recorrentemente se afastar dessa prescrição constitucional, criando figuras (anti)jurídicas como “alternativas” ao processo de demarcação, embora nenhuma delas encontre sustentação no ordenamento jurídico-constitucional. A propósito, foi demonstrada a inexistência de fundamento legal para o instituto da “linha presumida”, bem como a sua incompatibilidade com as normas constitucionais, em especial os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Foi visto também que os interessados no processo de demarcação têm o direito à convocação pessoal na fase inicial de cada procedimento, na forma disposta no conteúdo primitivo do art. 11 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, e não pela redação que lhe foi dada a partir da Lei n.º 11.481, o que decorreu de determinação contida na medida cautelar deferida na ADI 4264-MC/PE, que considerou inconstitucional a realização de convocação somente pela via editalícia, quando conhecidos os interessados.

Consignou-se, ainda, que o ato de convocação não consubstancia um mero “convite”, mas se trata de ato de chamamento ao processo, que se destina a permitir que os interessados possam efetivamente contribuir para realização dos trabalhos de demarcação. Em razão dessa constatação, foi afirmado que a convocação dos interessados haverá de observar certos requisitos de validade, devendo ela se prestar ao fim de cientificá-los do andamento do processo, bem assim das consequências jurídicas potencialmente advindas da decisão a ser nele proferida ao final.

Registrou-se que o processo de demarcação dos terrenos de marinha produz reflexos não somente na esfera de direitos dos ocupantes dessas áreas, mas repercute em diversos setores da economia, como a atividade imobiliária e a construção civil, do que resultaria a necessidade de integrar a sociedade no desenvolvimento dos processos dessa natureza, notadamente pelo fato de que a Constituição 1988 prestigia a participação popular nas decisões estatais como forma de legitimação democrática da atuação administrativa. Para tanto, foi apontado que a própria Lei 9.784/1999, em especial nos seus arts. 31 e 31, já

contempla a possibilidade de realização de consultas e audiências públicas, de modo que, para dar cumprimento àquele mandamento constitucional, é desnecessária a realização de qualquer alteração legislativa,

Viu-se também que a determinação da posição da LPM/1831 é desenvolvida pela SPU a partir de três hipóteses interpretativas para o art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946, que dependerão da disponibilidade de subsídios documentais para a realização dessa atividade, bem como do histórico de movimento das marés no trecho que será objeto da demarcação.

A primeira delas corresponde à situação em que a SPU, para promover a determinação da posição da LPM, realiza essa tarefa utilizando como referência temporal o ano de 1831, conduta que se conforma ao disposto nos arts. 2.º e 9.º do Decreto-lei n.º 9.760/1946.

Mas se viu que a SPU, quando não dispõe de subsídios que correspondam àquele ano, entende que a parte final do art. 10 do Decreto-lei n.º 9.760/1946 autorizaria a demarcação da LPM a partir da média das preamares de ano diverso de 1831. Sobre esta possibilidade interpretativa, foi demonstrado ser ela equivocada, pois realizada de forma assistemática, isolando-se a parte final daquele dispositivo das demais disposições do mesmo diploma, e ignorando os elementos nucleares do conceito de terreno de marinha estabelecido no art. 2.º do referido decreto-lei.

Para os casos em que não se disponha de plantas ou documentos relativos a 1831, foi apontada a necessidade de que, em vez de simplesmente utilizar como referência a posição da LPM de ano diverso daquele, a SPU promova estudos destinados a reconstituir a configuração do litoral em 1831, realizando a retrovisão em relação a este ano, que é o único utilizado pela lei como referência temporal para a atividade demarcatória.

Por fim, foi registrado que a União, na hipótese de constatar que a LPM/1831 se encontra situada em área já submersa em razão do avanço do mar, posiciona a LPM (que não será de 1831) de modo que ela coincida com o “batente das ondas”, ou seja, a preamar atual. Assim, orientada pela premissa constante na Orientação Normativa GEADE n.º 002/2001, no sentido de que os terrenos de marinha devem ser sempre “enxutos”, a União “desloca” a faixa de terrenos de marinha para o interior do continente, afastando-se com isso dos elementos integrantes do conceito legal de terreno de marinha.

Foi também observado ser inadequada e ilegal a forma de aferição da média das preamares utilizada pela SPU, que somente inclui nos seus cálculos as máximas preamares, ou seja, as marés de sizígias, e não todas as preamares. Com isso se eleva a cota (medida de altura) utilizada para determinação da posição da LPM, o que projeta esse marco espacial

mais para o interior do continente, ampliando os limites da propriedade da União, notadamente a faixa de terrenos acrescidos de marinha.

Indicou-se, então, que a atividade de determinação da posição da LPM/1831 deve ser orientada por uma interpretação sistemática dos arts. 2.º, 9.º e 10, do Decreto-lei n.º 9.760/1946, a partir da qual se pode afirmar que a caracterização dos terrenos de marinha depende da correta conjugação de três elementos nucleares: i) o *marco espacial*, que deverá corresponder sempre à posição da LPM, de onde serão contados os 33 metros para definição da faixa de terrenos de marinha; ii) a *referência temporal*, a qual será inevitavelmente o ano de 1831; iii) a *sistemática de cálculo da média das preamares*, que deverá observar o meio-termo entre os dois extremos (marés sizíguas e marés de quadratura), considerando o conjunto de todas as preamares de 1831.

Foi constatado que o exercício dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, em conformidade com o rito estabelecido no Decreto-lei n.º 9.760/1946, é limitado ao momento inicial de convocação dos interessados, uma vez que a oportunidade seguinte de manifestação somente ocorre na fase recursal, conforme disposto no art. 13 do referido diploma legal, quando a posição da LPM/1831 já se encontrará determinada pelo chefe local da SPU.

Mas, a despeito da impropriedade da lei especial, ficou demonstrado que a Lei 9.784/1999 apresenta regramento quanto a essas questões, de modo que deveria ser observada durante o desenvolvimento do processo de demarcação, principalmente para facultar aos interessados a possibilidade de protestar pela produção de provas, bem como de apresentar alegações finais, manifestando-se a respeito do relatório de demarcação antes mesmo de ser proferida a decisão pelo chefe local da SPU.

No que concerne à fase decisória, analisou-se inicialmente a questão relativa à natureza do ato que promove a determinação da posição da LPM/1831, concluindo-se que se trata de provimento com intensa carga decisória, sendo o único ato de autoridade proferido até então no processo de demarcação, já que os que o antecedem, embora essenciais ao processo, são destituídos desde caráter.

Como decisão de um órgão do Estado, viu-se que ela se encontra primeiramente comprometida com a realização dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, em conformidade com o comando esculpido na Constituição desde o seu preâmbulo, e que se encontra também estabelecido no art. 1.º da Lei n.º 9.784/1999, que aponta como premissa de qualquer processo administrativo a “proteção dos direitos dos administrados”.



Além desse vetor axiológico, viu-se que a decisão que determina a posição da LPM/181 deverá ser necessariamente motivada, observando, ainda, os requisitos de clareza e congruência estabelecidos no §1.º, do art. 50, da Lei n.º 9.784/1999.

E para merecer o atributo da “presunção de legitimidade”, a referida decisão deverá atestar a propriedade de todo o itinerário percorrido até esse ponto culminante do processo de demarcação, notadamente a observância de todas as prescrições constitucionais e legais que regem a matéria.

Com relação à fase recursal, foi visto que sistemática estabelecida no Decreto-lei n.º 9.760/1946 apresenta somente uma incompatibilidade com as normas constitucionais, a qual consiste em determinar que os interessados no processo sejam intimados apenas por edital quanto à decisão que determinou a posição da LPM/1831, como disposto no art. 13 daquele decreto-lei. Contudo, também se viu que essa forma de comunicação ficta já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que se impõe à Administração promover a intimação pessoal de todos os interessados, sob pena de violação aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Afirmou-se, ainda, a possibilidade de que a alteração da posição da LPM/1831 decorra de decisão proferida em um procedimento de revisão, instaurado a pedido de qualquer interessado, na forma do que dispõe o art. 65, da Lei n.º 9.874/1999, ou mesmo de ofício por iniciativa da própria SPU. A propósito, afirmou-se também que essa possibilidade não estará sujeita à limitação temporal estabelecida no art. 54, da Lei 9.784/1999, uma vez que a indisponibilidade do patrimônio dos entes públicos decorre diretamente de preceito constitucional, especificamente os arts. 183, §3.º, e 191, parágrafo único, ambos da Constituição de 1988, o que impede que seja ela afastada por meio de lei infraconstitucional.

Como arremate à pesquisa, realizou-se uma breve reflexão acerca de como poderiam ser implementadas as medidas de aperfeiçoamento ao processo de demarcação apontadas ao longo deste trabalho. Na oportunidade, foi consignado que, se não todas, a significativa maioria delas não depende de qualquer alteração legislativa, sendo necessário apenas o recurso a técnicas de interpretação, cotejando-se a disciplina estabelecida no Decreto-lei n.º 9.760/1946, com as normas constitucionais e também com as da Lei n.º 9.784/1999.

Embora o Poder Executivo resista a promover as correções necessárias ao aperfeiçoamento da atividade de demarcação dos terrenos de marinha, foi visto que os demais Poderes já têm se atentado para a gravidade das impropriedades praticadas pela União. E especialmente em relação ao Poder Judiciário, sempre que provocado, este tem aparado as

ilegalidades cometidas pela SPU, trazendo a atuação desse órgão aos estritos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

O presente trabalho apresentou essa nova proposta interpretativa para as disposições legais que disciplinam a atividade demarcatória dos terrenos de marinha, orientada pela necessidade de se promover a compatibilização desse regramento, que se encontra estabelecido em um diploma legal quase septuagenário e que foi editado ainda na forma de decreto-lei, com as normas constitucionais hoje vigentes, tendo-se sempre em mira a proteção aos direitos fundamentais como vetor axiológico.

Ao final dessa pesquisa, há de se reconhecer que a releitura que por agora se interrompe, não é uma obra acabada, como, aliás, sucede-se com tudo que diga respeito a qualquer empreendimento humano. Pausa ela para que outras conclusões sejam acrescidas ao debate sobre o tema que a todos interessa, embora ainda não desfrute da atenção que há muito merece e reclama.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura (Coordenador). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, José Mauro de Lima de. **Terrenos de Marinha**: proteção ambiental e as cidades. Belém: Paka-Tatu, 2008.

ARISTÓTELES. **A Política**. p.141-151. *In*: Os pensadores: Aristóteles. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito** - Teoria da Argumentação Jurídica. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. *In*: SARMENTO, Daniel (org.) et alli. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. **O Garantismo como mecanismo de negação do simbolismo constitucional ante o advento do Neoconstitucionalismo brasileiro**. p. 249-282. *In*: NETO, Ubirajara Coelho. *Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao professor Carlos Rebelo Júnior*. Aracaju: Evocati, 2013.

BARRETO, Tobias. **Um discurso em manga de camisa**. *In*: *Obras Completas IV – Discursos*. Aracaju: ECE/Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos para uma dogmática constitucional transformadora. 7.<sup>a</sup> ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009-A.

\_\_\_\_\_. **Mutação constitucional**. p. 209-226. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Coordenadores). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil. ano 2005. Disponível em: <  
<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\_e\_constitucionalizacao\_do\_direito\_pt.pdf>. Acessado em: 13 maio 2013.

\_\_\_\_\_. **Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público.** In: SARMENTO, Daniel (org.) et alli. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASTOS, Maria Rosário. **No trilho do sal:** Valorização da história da exploração das salinas no âmbito da gestão costeira da laguna de Aveiro. P. 25-43. In: *Revista da Gestão Costeira Integrada*, n.º 9 (3), Ano 2009. Disponível em: [http://www.aprh.pt/rgci/pdf/rgci-161\\_Bastos.pdf](http://www.aprh.pt/rgci/pdf/rgci-161_Bastos.pdf). Acesso em: 30 jan de 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BEHRENSDORF Jr. Francisco. **Voto proferido no Processo 252.635-57, julgado pelo Conselho de Terras da União em 9 de outubro de 1959.** p. 477-487. Ano 1960. In: *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 59, janeiro - março 1960. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/20533/19269>. Acesso em 3 fev 2015.

BEIRANTE, Maria Ângela. **O Tejo na construção do poder real na Idade Média portuguesa, de D. Afonso I a D. João I.** p. 773-782. In: *Revista da Faculdade de Letras-História*, II Série, vol. XV, Porto, 1998. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/4034.pdf>. Acesso em: 30 jan 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de proporcionalidade:** um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) et alli. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos - Nova Edição.** São Paulo: Campus, 2004.

\_\_\_\_\_. **Locke e o Direito Natural.** Brasília: UnB, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Martins Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica.** São Paulo: Edipro, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** São Paulo: Edipro, 2011.

\_\_\_\_\_. **Estado, Governo e Sociedade;** Para uma Teoria Geral da Política. São Paulo: Paz e terra, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Martins Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **O positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Constituição e Normatividade dos Princípios – Discursos e Prefácios.** São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 27.<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Coleção das Decisões do Governo do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1875.

\_\_\_\_\_. **Decreto de 21 de janeiro de 1809**. Autoriza a concessão de aforamento ou arrendamento nas praias da Gamboa e Sacco do Alferes, a fim de que sejam construídos armazéns e trapiches. p. 14. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. *Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Aviso de 18 de novembro de 1818**. Estabelece a largura das marinhas, reservando uma faixa de 15 braças, pela borda do mar, para serviço publico. p. 14-16. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. *Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Decreto de 13 de julho de 1820**. Estabelece que a competência para expedição de qualquer autorização para utilização das marinhas seria da Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha e domínios ultramarinos. p. 16. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. *Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Decreto de 13 de julho de 1820**. Estabelece que a competência para expedição de qualquer autorização para utilização das marinhas seria da Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha e domínios ultramarinos. p. 16. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. *Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Consulta e Resolução de 12 de abril de 1821**. Defere requerimento de utilização de área, utilizando a expressão “terreno da marinha”. p. 20-21. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. *Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Aviso de 13 de julho de 1827**. Determina o embargo de construções e designa engenheiro para promover a medição dos terrenos que deveriam ser considerados como “Marinha”. p. 25-26. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. *Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Aviso de 7 de julho de 1829**. Determina que entre as casas os “terrenos de marinha” (primeiro registro de utilização literal dessa expressão) deve mediar a distância de uma rua pública. p. 26. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. *Coleção de Leis, Provisões, Decisões*

Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Lei de 15 de novembro de 1831.** Orça a receita e fixa a despesa para o ano financeiro de 1832 - 1833. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37687-15-novembro-1831-564851-publicacaooriginal-88758-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37687-15-novembro-1831-564851-publicacaooriginal-88758-pl.html). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Instruções de 14 de novembro de 1832.** Regulamenta a execução do art. 51, §14.º da Lei de 15 de novembro de 1831. p. 28-31. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Circular de 12 de dezembro de 1832.** Determina a pronta execução do Regulamento (Instruções) de 14 de novembro do mesmo ano, para para a medição, demarcação e arbitramento de foro dos terrenos de marinhas. p. 26. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Ordem de 12 de julho de 1833.** Esclarece questionamento do Presidente da Província de Sergipe quanto à medição das 15 braças para identificação dos terrenos de marinha. p. 32. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Ordem de 21 de outubro de 1833.** Esclarece questionamento do Presidente da Província do Rio Grande do Sul quanto à medição das 15 braças para identificação dos terrenos de marinha. p. 33-34. *In*: LIMA, Pedro Moreira da Costa. Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 38, de 3 de outubro de 1834.** Orça a receita e fixa a despesa para o ano de 1835-1836. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-38-3-outubro-1834-563173-publicacaooriginal-87307-pl.html>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 60, de 20 de outubro de 1838.** Fixa a despesa e orça a receita para o ano financeiro de 1839 a 1840. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-60-20-outubro-1838-561938-publicacaooriginal-85706-pl.html>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Aviso de 7 de agosto de 1843.** Aprova os estatutos do Instituto dos Advogados Brasileiros. Disponível em: [http://www.oab.org.br/historiaoab/links\\_internos/ant\\_aviso7ago.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/ant_aviso7ago.htm). Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 1.157, de 26 de junho de 1862.** Substitui em todo o Império o atual sistema de pesos e medidas pelo sistema métrico francês. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=75161&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 1.507, de 26 de setembro de 1867.** Estabelece novas normas para o aforamento dos terrenos de marinha e de outras providências. Disponível em:

<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=74360>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 4.105, de 22 de fevereiro de 1868.** Regula a concessão dos terrenos de marinha, dos reservados nas margens dos rios e dos acrescidos natural ou artificialmente. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-4105-22-fevereiro-1868-553319-publicacaooriginal-71152-pe.html>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 3.348, de 20 de outubro de 1887.** Orça a receita geral do Império para o exercício de 1888 e dá outras providencias. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-3348-20-outubro-1887-542992-publicacaooriginal-52680-pl.html>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 24.515, de 30 de junho de 1934.** Reconhece, como de pleno domínio da União, os terrenos compreendidos pelos morros, outeiros e mamelões da Babylonia, Leme, Annel, Urubu, Inhangá e suas circunvizinhanças, e dá outras providencias. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24515-30-junho-1934-509189-republicacao-78430-pe.html>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n.º 24.643, de 10 de julho de 1934.** Decreta o Código de Águas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D24643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada em 10 de novembro de 1937.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n.º 710, de 17 de setembro de 1938.** Reorganiza a Diretoria do Domínio da União. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-710-17-setembro-1938-358386-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n.º 2.490, de 16 de agosto de 1940.** Esclarece e amplia o decreto-lei n. 2.490, de 16 de agosto de 1940. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=84147>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n.º 3.438, de 14 de julho de 1941.** Esclarece e amplia o decreto-lei n. 2.490, de 16 de agosto de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del3438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3438.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n.º 4.120, de 21 de fevereiro de 1942.** Altera a legislação sobre terrenos de marinha. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=29655>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n.º 9.760, de 05 de setembro de 1946.** Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del9760.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9760.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n.º 2.398, de 21 de dezembro de 1987.** Dispõe sobre foros, laudêmios e taxas de ocupação relativas a imóveis de propriedade da União, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del2398.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del2398.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 7.661, de 16 de maio de 1988.** Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17661.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.617, de 4 de janeiro de 1993.** Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18617.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18617.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.636, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nos 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19636.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19636.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acessado em: 13 jan 2005.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000.** Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 3.725, de 10 de janeiro de 2001.** Regulamenta a Lei no 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3725.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3725.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.



\_\_\_\_\_. **Lei. n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Exposição de motivos da Medida Provisória n.º 335, de 23 de dezembro de 2006.** Dá nova redação aos dispositivos legais que menciona. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Exm/EMI-306-MP-MS-MCIDADES.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Exm/EMI-306-MP-MS-MCIDADES.htm). Acesso em: 23 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Texto original da Medida Provisória n.º 335, de 23 de dezembro de 2006.** Dá nova redação aos dispositivos legais que menciona. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Mpv/335.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Mpv/335.htm). Acesso em: 23 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 11.481, de 31 de maio de 2007.** Dá nova redação aos dispositivos legais que menciona. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm). Acesso em: 23 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Projeto Orla: fundamentos para gestão integrada.** Brasília: MMA/SQA, MP/SPU, 2002. Disponível em: [http://patrimoniodetodos.gov.br/pasta-de-arquivos/081021\\_PUB\\_ProjOrla\\_fundamentos.pdf/view](http://patrimoniodetodos.gov.br/pasta-de-arquivos/081021_PUB_ProjOrla_fundamentos.pdf/view). Acesso em 14 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Patrimônio da União. **Instrução Normativa n.º 01, de 30 de março de 1981.** Revisa, atualiza e consolida as Ordens e Instruções de Serviço, as Circulares, Ofícios-Circulares e demais atos anteriores à data de sua expedição, de forma a permitir a uniformização de procedimentos. Disponível em: <http://patrimoniodetodos.gov.br/pasta-de-arquivos/IN%2001-81.pdf/view>. Acesso em: 14 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Patrimônio da União. **Instrução Normativa n.º 2, de 12 de março de 2001.** Disponível em: <http://patrimoniodetodos.gov.br/pastaarquivo.2009-07-09.3759851862/IN%2002-2001%20Demarcacao%20LPM%20e%20LMEO.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Patrimônio da União. **Orientação Normativa GEADE n.º 002, de 12 de março de 2001.** Disciplina a demarcação dos terrenos marginais e seus acrescidos. Brasília: SPU, 2001. Disponível em: [http://patrimoniodetodos.gov.br/pastaarquivo.2009-07-09.3759851862/ON\\_GEADE\\_02\\_terrenos\\_marinha.pdf](http://patrimoniodetodos.gov.br/pastaarquivo.2009-07-09.3759851862/ON_GEADE_02_terrenos_marinha.pdf). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Patrimônio da União. **Orientação Normativa GEADE n.º 003, de 4 de junho de 2001.** Disciplina a demarcação de terrenos marginais e seus acrescidos. Brasília: SPU, 2001. Disponível em: [http://patrimoniodetodos.gov.br/pastaarquivo.2009-07-09.3759851862/ON\\_GEADE\\_03\\_terrenos\\_marginais-1.pdf](http://patrimoniodetodos.gov.br/pastaarquivo.2009-07-09.3759851862/ON_GEADE_03_terrenos_marginais-1.pdf). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Patrimônio da União. **Instrução normativa n.º 002, de 12 de março de 2001.** Disciplina a demarcação dos terrenos de marinha, dos terrenos marginais e das terras interiores. Brasília: SPU, 2001. Disponível em: <http://patrimoniodetodos.gov.br/pastaarquivo.2009-07-09.3759851862/IN%2002-2001%20Demarcacao%20LPM%20e%20LMEO.pdf>. Acesso em: 22 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Patrimônio da União; SAULE JÚNIOR, Nelson e Outros (org). **Manual de regularização fundiária em terras da União.** São Paulo: Instituto Pólis; Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2006. Disponível em:

[http://patrimoniode todos.gov.br/pasta-de-arquivos/081021\\_PUB\\_Manual\\_regularizacao.pdf/view](http://patrimoniode todos.gov.br/pasta-de-arquivos/081021_PUB_Manual_regularizacao.pdf/view). Acesso em 14 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Patrimônio da União. **Plano Nacional de Caracterização do Patrimônio da União**. 1.<sup>a</sup> ed. Brasília: Secretaria do Patrimônio da União, 2014-A. Disponível em: <http://patrimoniode todos.gov.br/pasta-de-arquivos/Integra%20PNC.pdf/view>. Acesso em: 14 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Patrimônio da União. **Plano Nacional de Caracterização do Patrimônio da União**. 2.<sup>a</sup> ed. Brasília: Secretaria do Patrimônio da União, 2014-B. Disponível em: [http://patrimoniode todos.gov.br/pasta-de-arquivos/PNC\\_2\\_edicao\\_02\\_12\\_14.pdf/view](http://patrimoniode todos.gov.br/pasta-de-arquivos/PNC_2_edicao_02_12_14.pdf/view). Acesso em: 14 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Marinha do Brasil. **Marés e correntes de marés**; correntes oceânicas. p. 227-274. In: Navegação costeira, estimada e em águas restritas. Brasília: Marinha do Brasil. Disponível em <https://www.mar.mil.br/dhn/bhmn/download/cap10.pdf>. Acesso em 22 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente. **Aprendizados do projeto de manejo dos recursos naturais da várzea – ProVárzea**. Brasília: MMA, 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/168/\\_publicacao/168\\_publicacao30012009112639.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/168/_publicacao/168_publicacao30012009112639.pdf). Acessado em: 15 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Águas. **Relatório de Conjuntura dos Recursos Hídricos**. Ano: 2013. Disponível em: [http://arquivos.ana.gov.br/institucional/spr/conjuntura/ANA\\_Conjuntura\\_Recursos\\_Hidricos\\_Brasil/ANA\\_Conjuntura\\_Recursos\\_Hidricos\\_Brasil\\_2013\\_Final.pdf](http://arquivos.ana.gov.br/institucional/spr/conjuntura/ANA_Conjuntura_Recursos_Hidricos_Brasil/ANA_Conjuntura_Recursos_Hidricos_Brasil_2013_Final.pdf). Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Embrapa. **Arroz e Feijão: Sistemas de Produção**. N.º 4. ISSN 1679-8869, Versão eletrônica, Dez/2004. Disponível em: <http://sistemasdeproducao.cnptia.embrapa.br/FontesHTML/Feijao/FeijaoVarzeaTropical/solos.htm>. Acesso em: 15 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Fundação Nacional do Índio. **Quem são**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>. Acesso em: 15 jan 2015.

\_\_\_\_\_. IBGE. **Atlas geográfico das zonas costeiras e oceânicas do Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 346**. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963, Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 151. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28346.NUME.%29%29+NAO+S.FLSV.&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/nour4rv>. Acesso em: 13 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 03/12/1969, Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28473.NUME.%29%29+NAO+S.FLSV.&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/lyosduh>. Acesso em: 13 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º AI 134271 AgR**. Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 11/02/1992, publicado no Diário da Justiça de 20/03/1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274502>. Acesso em: 12 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 157538**. Relator: Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 22/06/1993, publicado no Diário da Justiça de 27/08/1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212422>. Acesso em: 12 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4264 MC/PE**. Relator: Mininistro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2011, DJe-102: 27/05/2011. Ementário 1532-1, p. 34-88. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623508>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4425**. Relator: Ministro Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, Processo eletrônico DJe-251, divulg. 18/12/2013, public. 19/12/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em 13 jan 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 567985**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, Acórdão Eletrônico DJe-194, divulg. 02/10/2013, public. 03/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 13 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS 26860**. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2014, Acórdão Eletrônico: DJe-184, divulg. 22/09/2014, public. 23/09/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6789355>. Acesso em: 13 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4335**. Relator: Ministro Gilmar, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 divulg. 21/10/2014 public, 22/10/2014 ement. Vol - 02752-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 13 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 798.165/ES**. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/04/2007, DJ 31/05/2007, p. 354. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=798165&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=798165&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1). Acessado em: 9 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1183546/ES**. REsp 1183546/ES, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 08/09/2010, DJe 29/09/2010: Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000409583&dt\\_publicacao=29/09/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000409583&dt_publicacao=29/09/2010). Acesso em: 9 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1133696/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 17/12/2010. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200901311091&dt\\_publicacao=17/12/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901311091&dt_publicacao=17/12/2010). Acesso em: 20 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Ag no REsp 1241554/SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 12/09/2011. Disponível em : [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1241554&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC2](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1241554&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC2). Acesso em: 9 jan 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 496**. Órgão Julgador: Primeira Sessão. Data de julgamento: 08/08/1012. DJe 13/08/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27496%27>. Acesso em: 14 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 31636/RS**. Relator: Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 16/09/2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000374336&dt\\_publicacao=16/09/2013](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000374336&dt_publicacao=16/09/2013). Acesso em: 12 ago. 2014

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal – 5.<sup>a</sup> Região. **Apelação Cível N.º 547143/RN** (Processo 0004621-40.2007.4.05.8400); Relator: Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior. Data de julgamento: 04/10/2012. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 02/04/2014.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Mutação constitucional**: noção, existência e constatação -- Questão terminológica -- Natureza e categorias -- Rigidez e mutabilidade -- Limites da mutação constitucional. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 jan 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coordenação). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: a Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. São Paulo: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. **Controle de legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

CARVALHO, Carlos de. **O patrimônio territorial da municipalidade do Rio de Janeiro e o Direito Enfitêutico.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido Processo Legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAVALCANTI, Nireu. **A reordenação urbanística da nova sede da corte.** p. 149-199. In: Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, n.º 436, jul/set 2007. Rio de Janeiro: IHGB, 2007. Disponível em: <http://www.ihgb.org.br/rihgb.php?s=21>. Acesso em 27 jan 2015.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo.** Vol. I: o Estado, estrutura, organização, administração, funções. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo.** Vol. V: do domínio público, do poder de polícias e suas manifestações. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

CAZETTA, Luiz Carlos. **Legislação Patrimonial da União:** anotações e comentários às leis básicas. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão/Secretaria do Patrimônio da União, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Constituição, Democracia e Justiça** – aportes para o constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional.** 2.<sup>a</sup> ed. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2014.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga.** São Paulo. Editora das Américas, 1961.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Controle de Constitucionalidade.** 4.<sup>a</sup> ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** 4.<sup>a</sup> ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2010.

CUNHA, Sérgio Sévulo da. **Princípios Constitucionais.** 2.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos:** da Idade Média ao Século XXI. São Paulo. Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS, Fernando Luís Lopes Dantas. **O Juiz e o Constitucionalismo Contemporâneo: alguns atributos para o exercício das jurisdições ordinária e constitucional.** p. 179-199. In: NETO, Ubirajara Coelho. **Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao professor Carlos Rebelo Júnior.** Aracaju: Evocati, 2013.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo.** 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3.<sup>a</sup> edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 17.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coordenadores). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Uso privativo de bem público por particular**. 2.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a sério**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 9.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

ESPANHA; PORTUGAL. **Tratado de Tordesilhas**. Disponível em: [http://purl.pt/162/1/brasil/obras/tratado\\_tordesilhas/index.html](http://purl.pt/162/1/brasil/obras/tratado_tordesilhas/index.html). Acesso em: 15 ago. 2014

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (VIRGÍNIA). **Declaração de Direitos da Virgínia**. Williamsburg, 1776. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>. Acesso em 16 jan 2015.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 02 maio 2014.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 3.<sup>a</sup> edição. Malheiros, 2012.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Devido Processo Legal** – uma visão pós-moderna. Salvador: JusPodivm, 2008.

FREITAS, Maria Almeida Passos de. **Zona Costeira e Meio Ambiente**: aspectos jurídicos. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2004. Disponível em: <http://wp2.oktiva.com.br/portaldomar-bd/files/2010/09/Zona-Costeira-e-Meio-Ambiente-Aspectos-Jur%C3%ADdicos3.pdf>. Acesso em: 25 jan 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAMA, José Bernardo Fernandes. **Memórias Históricas da Província de Pernambuco, precedidas de um ensaio Topográfico-Histórico**. Recife: Typographia de M. F. de Faria, 1844.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito posto e Direito pressuposto**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003-B.

\_\_\_\_\_. **Por que tenho medos dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6.<sup>a</sup>ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição** – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. p. 54-79. In: DPU Vol. 1, No 18 (2007): out-nov-dez. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/393/957>. Acesso em: 13 jan 2015.

HARTUNG, Paulo. **Terrenos de Marinha**: senador Paulo Hartung. Brasília: Senado Federal, 2001.

HESSE, Konrad. **Constituição e Direito Constitucional**. p. 1-22. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional/Konrad Hesse: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009-A.

\_\_\_\_\_. **Significados dos direitos fundamentais**. p. 23-72. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional/Konrad Hesse: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009-B.

\_\_\_\_\_. **Conceito e peculiaridade da Constituição**. p. 73-100. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional/Konrad Hesse: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009-C.

\_\_\_\_\_. **A interpretação constitucional**. p. 101-122. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional/Konrad Hesse: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009-D.

\_\_\_\_\_. **A força normativa da Constituição**. p. 123-146. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional/Konrad Hesse: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009-E.

\_\_\_\_\_. **Limites da mutação constitucional**. p. 147-171. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional/Konrad Hesse: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009-F.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

INGLATERRA. **Magna Carta**. Runnymede (perto de Windsor), 1215. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>. Acesso em: 16 de jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Petition of Rights**. Lordes espirituais e temporais e os comuns, reunidos e parlamento, 1628. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/pet1628.htm>. Acesso em: 16 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Bill of Rights.** Câmara dos Comuns. 1689. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>. Acesso em 16 de jan 2015.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana – Princípio constitucional.** Paraná: Juruá, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KAFKA, Franz. **O Processo.** São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 3.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. **Quem deve ser o guardião da constituição?** Ano 1930-31. In: **Jurisdição Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** 3.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **A Justiça e o Direito Natural.** Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça.** 3.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é a Constituição?** Leme/SP: CL EDIJUR, 2012.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos.** São Paulo: Malheiros, 2012.

LIMA, Pedro Moreira da Costa. **Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha.** Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

LIMA, Obéde Pereira de. **Localização geodésica da linha da preamar-média de 1831 – LPM/1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos.** Tese para obtenção do título de Doutor em Engenharia, apresentada perante o Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

LEITE, George Salomão (coordenação). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** 2.<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. –São Paulo: Método, 2008.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas.** Goiânia: Editora UFG, 2002.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.



MACHADO, João Batista. **Notas preambulares**. In: Kelsen, Hans. A Justiça e o Direito Natural. Coimbra: Almedina, 2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Due process of law**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 6, n. 2, p. 81-88, jul./dez. 1994.

MADALENO, Isabel Maria. **Companhia das Lezírias**: o passado e o presente. In: *Hispania Nova, Revista da Historia Contemporânea*, n.º 6, ano 2006. Disponível em: <http://hispanianova.rediris.es/6/articulos/6a001.pdf>. Acesso em 30 de jan de 2015.

MADRUGA, Manoel. **Terrenos de marinha**. Rio de Janeiro: Globo, 1928. v. 2.

MAIA, Manuel Thiago de Araújo. **Circuito espacial da produção de sal**: o uso do território do município de Macau/RN pelas indústrias salineiras. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre Geografia Humana. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2011.

MALERBA, Jurandir. **A corte no exílio**: civilização e poder no Brasil às vésperas da Independência (1808-1821). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. **Suplemento ao Manual do Procurador dos feitos da Fazenda Nacional**. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Lameert Editores, 1873.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Antônio Caruccio-Corporale. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2013.

MARANHÃO. Ministério Público. **Ministério Público do Estado do Maranhão**: fontes para sua história. Volume 2 - Correspondência ativa dos promotores públicos do Império. Tomo 1 - 1831 – 1841. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2004.

MARRARA, Thiago. **Bens Públicos, domínio urbano, infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9.<sup>a</sup> edição. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo em evolução**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Humberto Haydt de Souza. **Terrenos de marinha**. Revista de Informação Legislativa, v. 3, n. 12, p. 239-248, out./dez. Brasília: Senado Federal, 1966.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO. Comentários à Lei 9.968/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. 6.<sup>a</sup> ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MICAEL, Cristina Maria Vieira Carvalho. **O sal no estuário do Tejo**: plataformas de transporte e estrutura comercial (séculos XIV-XVI). Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em História Marítima. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/6808>. Acesso em: 25 jun 2014.

MIRANDA, JORGE. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3.<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **A colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOTA, Maurício. **Fundamentos teóricos da função social da propriedade**: a propriedade em Tomás de Aquino. P. 124-162. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Coordenadores). 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUEHE, Dieter (org). **Erosão e progradação no litoral brasileiro**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos, 2006. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/publicacoes/gestao-territorial/category/80-gestao-costeira-g-erosao-e-progradacao>. Acesso em: 3 fev 2015.

NEUMANN, Franz. **O Império do Direito**: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, J. E. Abreu de. **Aforamento e cessão dos terrenos de marinha**. Ed. Imprensa Universitária do Ceará, Fortaleza, 1966.

PACHECO, Luciana Botelho. **Como se fazem as leis**. 3.<sup>a</sup> ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1860>. Acesso em: 21 jan 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo. **Justiça administrativa no Brasil**: uma jusadministrativa judicial, extrajudicial ou híbrida? Texto da conferência ministrada no Seminário *Perspectivas Comparadas de la Justicia Administrativa*, organizado pelo *Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)*, na Cidade do México, 7 de fevereiro de 2014. In: Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 79-82, jan./abr. 2014. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1863/1815>. Acessado em: 17 jan 2015.

PESSOA, Epitácio. **Terrenos de marinha**. Ação de Reivindicação movida pelos Estados da Bahia e Espírito Santo contra a União Federal. Razões finais oferecidas em defesa dos direitos da União. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Salvador: JusPodivm: ano 2009.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Fernanda Mousse. **A invenção da Cidade Nova do Rio de Janeiro**: agentes, personagens e planos. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Planejamento Urbano e Regional. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: [http://www.if.ufrj.br/~coelho/CidadeNova\\_tese\\_FernandaMoussePinto\\_2007.pdf](http://www.if.ufrj.br/~coelho/CidadeNova_tese_FernandaMoussePinto_2007.pdf) Acesso em: 27 jan 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTUGAL. **Carta de doação de 10 de março de 1534**. Doa, em favor de Duarte Coelho, a Capitania de Pernambuco. p. 42 a 53. In: GAMA, José Bernardo Fernandes. *Memórias Históricas da Província de Pernambuco*, precedidas de um ensaio Topográfico-Histórico. Recife: Typographia de M. F. de Faria, 1844.

\_\_\_\_\_. **Regimentos das Lezírias e dos Pauis, de 4 de fevereiro de 1577**. p. 289-309. In: SOISA, Jozé Roberto Monteiro de Campos Coelho e. *Sistema ou Coleção dos Regimentos Reais*. Tomo II. Lisboa: Officina de Francisco Borges e Soisa, 1872.

\_\_\_\_\_. **Carta Régia de 28 de julho de 1618**. Decide questão relativa ao transporte de sal em determinada marinha. 1616, p. 329-330. In: *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa*: 1613-1619. Disponível em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id\\_parte=95&id\\_obra=63&pagina=1141](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=95&id_obra=63&pagina=1141). Acesso em: 26 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Carta Régia de 4 de novembro de 1620**. Expede provisão sobre a competência do Conselho da Fazenda, decidindo sobre o quarto do sal das marinhas de Santo Antônio do Tojal e Manotas. 1620, p. 33. In: *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa*: 1620-1627. Disponível em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id\\_parte=96&id\\_obra=63&pagina=167](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=96&id_obra=63&pagina=167). Acesso em: 26 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Carta Régia de 15 de fevereiro de 1624**. Encarrega o Procurador da Coroa de decidir causa entre o Duque de Bragança e os moradores de Santo Antônio do Tojal e Manotas, sobre o quarto do sal das marinhas dos ditos lugares. 1624, p. 113. In: *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa*: 1620-1627. Disponível em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id\\_parte=96&id\\_obra=63&pagina=613](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=96&id_obra=63&pagina=613). Acesso em: 26 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Alvará de 10 de maio de 1672**. Dispõe sobre a atividade de exploração e comercialização de sal nas cidades localizadas no estuário do Rio do Tejo. 1672, p. 204. In: *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa*: 1657-1674. Disponível em:

[http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id\\_parte=101&id\\_obra=63&pagina=681](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=101&id_obra=63&pagina=681) .  
Acesso em: 26 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Alvará de 5 de agosto de 1673.** Promove a cessão de nova lotação de marinhas de sal em Setúbal. 1673, p. 229. In: *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa: 1657-1674.* Disponível em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id\\_parte=101&id\\_obra=63&pagina=742](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=101&id_obra=63&pagina=742). Acesso em: 26 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Acórdão da Câmara de Setúbal de 6 de fevereiro de 1675.** Confirma regulamento para cotação de sal das marinhas. 1675, p. 1. In: *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa: 1657-1674.* Disponível em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id\\_parte=102&id\\_obra=63&pagina=32](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=102&id_obra=63&pagina=32). Acesso em: 26 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Ordem Régia de 4 de dezembro de 1678.** Autoriza o corte de mangues nas cidades de de Bernabé Soares e São Bento. p. 9. In: LIMA, Pedro Moreira da Costa. Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Carta de Lei de 15 de fevereiro de 1695.** Proíbe aos oficiais das fábricas das marinhas de sal saírem do Reino para ensinar em o mesmo fabrico. 1695, p. 364. In: *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa: 1683-1700.* Disponível em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id\\_parte=103&id\\_obra=63&pagina=910](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=103&id_obra=63&pagina=910). Acesso em: 26 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Alvará de 27 de março de 1696.** Proíbe que sejam admitidos estrangeiros a trabalhar nas marinhas de sal, ou aprender nas suas fábricas. 1696, p. 383. In: *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa: 1683-1700.* Disponível em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id\\_parte=103&id\\_obra=63&pagina=910](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=103&id_obra=63&pagina=910). Acesso em: 26 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Ordem Régia de 21 de outubro de 1710.** Manda notificar ocupantes das marinhas da Cidade do Rio de Janeiro e afirma que tais espaços nunca deveriam estar compreendidos nas sesmarias. p. 9-10. In: LIMA, Pedro Moreira da Costa. Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Ordem Régia de 5 de maio de 1725.** Afirma que as marinhas devem permanecer desimpedidas para o serviço da cora e para o uso comum do povo. p. 10-11. In: LIMA, Pedro Moreira da Costa. Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Ordem Régia de 10 de dezembro de 1726.** Reafirmar que as marinhas devem permanecer desimpedidas para o serviço da cora e para o uso comum do povo e determina que as construções não avancem direção ao mar. p. 11-13. In: LIMA, Pedro Moreira da Costa. Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Ordem Régia de 10 de janeiro de 1732.** Proíbe a apreciação da praia e do mar, afirmando que esses bens são de uso comum do povo. p. 13-14. In: LIMA, Pedro Moreira da

Costa. Coleção de Leis, Provisões, Decisões Circulares, Portarias, Ordens Ofícios e Avisos sobre Terrenos de Marinha. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

\_\_\_\_\_. **Ordenanças Militares de 20 de fevereiro de 1708, Capítulo 65.** p. 375. *In:* Sistema ou Coleção dos Regimentos Reais. Tomo Quinto. Lisboa: Officina Patriarcal de Francisco Luiz Ameno, 1789.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 54, de 15 de novembro de 2005.** Estabelece a titularidade dos recursos hídricos. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1377&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1377&tabela=leis). Acesso em: 30 de jan 2015.

\_\_\_\_\_. Agência Portuguesa de Ambiente (APA). **Guia de apoio sobre titularidade dos recursos hídricos.** Disponível em: [http://www.apambiente.pt/\\_zdata/Divulgacao/Publicacoes/Guias%20e%20Manuais/GUIA%20RH\\_julho2013\\_PublicaoB.pdf](http://www.apambiente.pt/_zdata/Divulgacao/Publicacoes/Guias%20e%20Manuais/GUIA%20RH_julho2013_PublicaoB.pdf). Acesso em: 30 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Relatório de Sustentabilidade 2010.** Samora Correia: Companhia das Lezírias S/A, 2010. Disponível em: [http://cl.pt/Relatorio\\_Sustentabilidade\\_2010.pdf](http://cl.pt/Relatorio_Sustentabilidade_2010.pdf). Acesso em: 30 de jan 2015.

RANGEL, Alfredo Américo de Sousa. **Melhoramentos da Cidade projetados pelo Prefeito do Distrito Federal, Dr. Francisco Pereira Passos.** Rio de Janeiro: Typographia da Gazeta de Notícias, 1903.

RAMOS, José Gualberto Garcez. **A evolução histórica do princípio do devido processo legal.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 46, p. 101-110, 2007.

REIS, Aarão. **Direito Administrativo Brasileiro:** com prefácio do Exm. Sr. Ministro do Tribunal de Contas da União, Dr. Augusto Tavares de Lyra, e carta de aprovação do eminente juriconsulto brasileiro, Dr. Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas Villas-Boas, & C, 1923.

RÁO, Vicente. **O Direito a vida dos direitos.** 7.ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RWALS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Intervenção do Estado na propriedade.** p. 694-707. *In:* MELLO, Celso Antônio Bandeira. FERRAZ, Sérgio. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. SAAD, Amauri Feres. Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003

\_\_\_\_\_. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais.** Del Rey: Belo Horizonte, 2013.

SANTOS, Rosita de Sousa. **Terras de Marinha.** Forense, Rio de Janeiro, 1985.

SANTOS, Antonio Clementino dos; SALCEDO, Ignacio Hernan. **Fertilidade nas áreas de várzea e topo em função do uso do solo e posição do relevo.** In: Revista de Biologia e Ciências da Terra. ISSN 1519-5228, volume 10, número 2, 2.º semestre 2010. Disponível em: [http://eduep.uepb.edu.br/rbct/sumarios/pdf/Artigo\\_09\\_V10\\_N2.pdf](http://eduep.uepb.edu.br/rbct/sumarios/pdf/Artigo_09_V10_N2.pdf). Acesso em: 15 jan 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2.ª edição. São Paulo: RT, 2013.

SARMENTO, Daniel (org.) *et alli*. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada.** In: LEITE, George Salomão (coordenação). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* 2.ª ed. rev. atual. e ampl. –São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. **Interesses Públicos vs Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional.** In: SARMENTO, Daniel (org.) *et alli*. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SAVI, David Canabarro. **Erosão e acreção costeira na Enseada dos Anjos, Arraial do Cabo, RJ.** *Rev. Bras. Geof.* [online]. 2007, vol.25, suppl.1, pp. 91-99. ISSN 0102-261X.

SHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o privado e o regime Jurídico dos Direitos Fundamentais.** In: SARMENTO, Daniel (org.) *et alli*. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público.* Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria do conhecimento constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito.** Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.** p. 115-143. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Interpretação constitucional.* 1.ª ed. São Paulo: 2011.

SILVA, Solange Teles da. **Planejamento Urbano na Zona Costeira.** In: Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI/UEA – Manaus. Ano 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/151.pdf>. Acesso em 2 fev 2015.

SOUTO, L. R. Vieira. **Melhoramento da cidade do Rio de Janeiro:** crítica dos trabalhos da respectiva comissão. Coleção de artigos publicados no “Jornal do Comércio” de 23 de fevereiro a 15 de abril de 1875. Rio de Janeiro: Lino C. Teixeira & C, 1875.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. RT: São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, Luiz Fabiano de Freitas. **O Novo Mundo na França**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro: UFF, 2014. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/stricto/td/1644.pdf>. Acesso em: 20 jan 2015.

\_\_\_\_\_. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Econômico**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Método, 2011.

URUGUAY, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: Thypographia Nacional 1862.

VENTURA, Antônio Gonçalves. **A “banda d’além” e a cidade de Lisboa durante o antigo regime**: uma perspectiva de história econômica regional comparada. Tese para obtenção do título de Doutor História Moderna, apresentada perante o departamento de História, da Faculdade de Letras, da Universidade de Lisboa. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2007. Disponível em: [http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/536/1/ulsd054025\\_td\\_tese.pdf](http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/536/1/ulsd054025_td_tese.pdf). Acesso em: 30 jan 2015.